



Douglas Henrique Marin dos Santos

**A relação entre direito e ciência como desafio contemporâneo à teoria da decisão
judicial**

**Mestrado em Direito
Ciências Jurídico-Filosóficas**

Trabalho apresentado sob orientação da Professora Doutora Maria Clara Calheiros

Julho de 2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, à vida. Ao sopro diário que me permite acessar todo o resto.
Conditio sine qua non de mim.

Agradeço, então, aos meus pais e irmãs, essenciais em tudo. E à minha amada esposa Andréa, companheira de vida, de sonhos e de futuro.

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho, sem a qual este trabalho não seria possível.

Finalmente, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, que tão bem me acolheu e hoje já tenho como casa.

SUMÁRIO

Resumo.....	01
Lista de abreviaturas.....	02
1.Introdução.....	03
2. Localizando o problema: globalização, neoconstitucionalismo e o papel da verdade no Estado contemporâneo.....	06
2.1. Da globalização e do Estado.....	06
2.2. Do direito em tempos de globalização.....	08
2.3. O direito contemporâneo, a supremacia constitucional e o neoconstitucionalismo...12	
2.4. O lugar da verdade no Estado hodierno.....	17
2.5. O lugar da verdade no direito e na teoria da decisão judicial.....	21
2.5.1. Que verdade?.....	21
2.5.2. Buscar a verdade ou solucionar conflitos?.....	22
3. A teoria da decisão judicial e as contribuições de Dworkin e Popper para aproximação da decisão judicial em direção à verdade.....	26
3.1. A teoria da decisão judicial contemporânea: o ativismo judicial e a discricionariedade do intérprete em tempos de neoconstitucionalismo.....	26
3.2. O direito como integridade: revisitando Dworkin.....	32
3.3. Decisões judiciais, políticas públicas e a proteção aos direitos fundamentais: as limitações da teoria da resposta correta dworkiana e as premissas fáticas como condição para a busca da verdade.....	39
3.4. A resposta judicial ativista sob a perspectiva de Popper: o mundo 3 e o falsificacionismo como complementos à teoria dworkiana.....	43
3.4.1. A teoria dos três mundos de Popper.....	45
3.4.2. O falsificacionismo.....	47
3.4.3. Dworkin e Popper como possíveis complementos interdisciplinares.....	49
3.4.4. A delimitação das premissas fáticas como condição para a obtenção da melhor resposta possível.....	53
4. A instrução e a valoração das provas: momento processual sensível à comunicação entre Dworkin e Popper.....	56
4.1. Da prova: conceitos, instrução e valoração.....	57
4.2. Da valoração racional da prova.....	59

4.3. Fundamentação das decisões judiciais em tempos de revolução tecnológica e a prova científica sob a perspectiva da integridade qualificada por Popper: o conhecimento metajurídico batendo às portas do juiz Hércules.....	64
5. Os estudos empíricos aplicados ao direito: em direção à verdade, a Popper e à integridade dworkiana.....	71
5.1. Estudos empíricos aplicados ao direito e suas múltiplas repercussões.....	72
5.2. O direito baseado em evidências (ou <i>evidence-based law</i>).....	74
5.3. As críticas aos movimentos empíricos do direito.....	77
6. Conclusão.....	80
7. Referências bibliográficas.....	83

Resumo: Os Estados, em tempos de globalização, sofreram intensas modificações. Ao mesmo tempo em que se tornaram “mínimos”, voltados à normatização e regulação do mercado, passaram a encontrar fundamento de legitimidade na proteção e garantia dos direitos fundamentais. A constitucionalização do direito, ao lado do neoconstitucionalismo, fez emergir um antes inédito poder político do judiciário nas relações entre os três poderes. Como consequência, o ativismo judicial e a judicialização da política passaram a integrar o cotidiano das tensões estatais, carregando consigo os impactos e riscos de uma discricionariedade forte ou de um livre convencimento irrestrito nas decisões judiciais, especialmente em uma quadra histórica marcada pela complexidade tecnológica, social e econômica. A ausência de limites bem estabelecidos à atuação do judiciário exige que a teoria da decisão judicial seja repensada. O direito como integridade de Dworkin, a teoria dos três mundos e o falsificacionismo de Popper, considerados em conjunto, permitem estabelecer parâmetros para que os juízos “de fato” e “de direito” sejam conduzidos em direção à melhor resposta judicial possível, sempre pautada pela valorização da verdade (ainda que correspondente à verdade conjectural popperiana). Há diversas ferramentas aptas a orientar e discutir essa nova perspectiva teórica da decisão judicial. Os movimentos empíricos do direito revelam-se instrumentos úteis na adequada valoração da prova e na busca de respostas metodologicamente “menos falseadas” e, portanto, mais próximas da verdade.

Palavras-Chave: ativismo judicial, integridade e falsificacionismo, premissas fáticas, valorização da verdade.

Abstract: States, in times of globalization, are affected by intense changes. At the same time they are "minimum" - focused on the mere regulation of the market – and find grounds for its legitimacy in the protection and guarantee of fundamental rights. The constitutionalization of law and neoconstitutionalism favored the emergence of unprecedented political face of the judiciary, while considered the institutional relation of the three branches of power. Consequently, judicial activism became part of the everyday strains of State, carrying along the impacts and risks of a strong discretion or an unrestricted free conviction in judicial decisions, especially in times of high complexity relations in society, economy and technology. The absence of well-established limits to the performance of judges requires revaluation of judicial decision's theories. The law as integrity by Dworkin, falsificationism and the theory of the three worlds of Popper, taken together, allow us to establish parameters for hermeneutical and evidence sentencing, always driven towards the best possible judicial response, which must always guided by the valuation of the truth (even if corresponding to Popper's conjectural truth). Several tools are able to guide and discuss this new perspective of theoretical ruling. Empirical legal studies reveal themselves useful tools in proper evaluation of evidence and in search of answers methodologically "less false" and, therefore, closer to truth.

Key words: judicial activism, integrity and falsificationism, factual premisses, valuing truth.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIn	Ação Direita de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
EBP	Evidence Based Practice
FMI	Fundo Monetário Internacional
JELS	Journal of Empirical Legal Studies
MBE	Medicina baseada em evidências
PPAC	Patient Protection and Affordable Act
SMSI	Síndrome da morte súbita infantil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

Admitindo-se que a complexidade dos tempos atuais é resultado de um feixe de fenômenos multifacetados (sociais, econômicos, financeiros, tecnológicos e científicos) que não podem ser tidos por niilistas, mas, ao reverso, dotados de força impactante no seio da sociedade e em seus sistemas de regulação, é preciso revisitar o direito e a teoria da decisão judicial a partir de uma perspectiva consentânea com o intrincado quadro que os cerca.

O Estado mitigou-se em favor do livre fluxo de divisas e capitais, das transações financeiras ininterruptas ao redor do globo, dos investimentos em papéis e em sonhos que brotam em uma economia e em uma sociedade que evoluem com rapidez frenética. Tais características limitam e restringem o papel estatal a mero coadjuvante do mercado, voltado à garantia da livre iniciativa e do livre comércio. Isto é, uma instituição cujo objetivo é assegurar a atividade dos “mercadores modernos”.

Esse mesmo Estado, quase exaurido, encontra legitimidade e fundamento axiológico na força normativa de sua carta constitucional, voltada à proteção e garantia dos direitos fundamentais.

O paradoxo entre o modelo neoliberal e a elevação normativa dos princípios e dos direitos fundamentais como alicerce do Estado Democrático dá o tom do debate em torno das novas feições do direito e do poder judiciário. O hodierno exercício de poderes políticos pelos juízes, como forma de reação ao esvaziamento da Administração, coloca-se, no âmbito da teoria da decisão judicial, como o grande repto a ser superado.

A presente investigação enfrenta, em um primeiro momento, estas paradoxais características do Estado contemporâneo. Em seguida, avalia as questões relacionadas à politização do judiciário e ao ativismo judicial, sua legitimidade e limites.

Em uma perspectiva multidisciplinar, descreve o problema da verdade e relaciona-o com o Estado e com o atual momento do judiciário (em especial, a partir do paradigma brasileiro), trazendo à baila as perspectivas de Peter Häberle, Hans Georg Gadamer e Karl Raimund Popper acerca das relações entre verdade e Estado e entre aquela e o método.

Conceitua o ativismo judicial para relacioná-lo com a verdade, tida como condição de legitimidade das decisões de natureza política do poder judiciário. Neste ponto, recorre aos conceitos propostos por Suzanna Sherry.

Reconhece os limites do poder discricionário dos juízes em face dos ventos do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, que não admitem decisionismos, subjetividades ou arbitrariedades como lastro das decisões judiciais.

Em seguida, relata a teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin em busca de uma perspectiva integrativa do direito, enquanto fenômeno social, político, histórico e científico. Para tanto, perscruta as metáforas dos romancistas em série e do juiz Hércules, para conciliar-se, alfim, com a ideia central da teoria dworkiana, que veda a discricionariedade forte e vislumbra o direito como integridade, construído sob um prisma necessariamente intersubjetivo, histórico e social, com baldrame axiológico em uma comunidade de princípios.

Neste ponto, o trabalho ressalta que a teoria da única resposta correta, proposta por Dworkin, enfrenta diversos óbices e resistências na literatura jurídica. Em uma ciência não exata, fulcrada em atos comunicacionais, é difícil - senão impossível - admitir uma única resposta correta dentre tantas que, ao menos em uma visão incipiente, poder-se-iam adequar ao caso concreto, solucionando-o no âmbito dos perímetros da verdade possível do processo judicial.

A investigação destaca que, enquanto proposta hermenêutica, são valiosas as concepções de mundividência e a pluridimensionalidade do direito como integridade. Contudo, a delimitação dos métodos a serem utilizados na perquirição da única resposta permanece envolta em caligem.

Para tanto, o trabalho volta os olhos ao racionalismo de Karl Popper, cujo falsificacionismo e a teoria dos três mundos podem funcionar como remate apto a qualificar a teoria dworkiana a partir de uma noção de verdade que não se preocupa com o verificacionismo, aproximando-se das conjecturas ínsitas à complexidade da sociedade hodierna.

A investigação estabelece, então, as possíveis relações entre o direito como integridade de Dworkin, o mundo 3 e o falsificacionismo de Popper, que teriam o condão de mitigar os vieses da teoria dworkiana, orientando à busca da resposta judicial a partir de um inexorável senso restritivo de verdade (a verdade conjectural), sempre aliado à objetividade do conhecimento consubstanciada no mundo 3.

Tal proposição ganha especial destaque no que toca à correta delimitação das premissas fáticas (juízo de fato) que antecedem ao juízo de direito. A busca pela melhor resposta

possível inaugura-se pela circunscrição dos fatos, a partir de um procedimento de valoração probatória que considere o conhecimento objetivo como base racional.

Sob essa perspectiva, a investigação avança em direção às provas e à valoração probatória como momento processual em que, para além da atividade interpretativa, seja possível alinhar – em um mundo envolto em gritante complexidade - as premissas necessárias à circunscrição da verdade popperiana, apta a imunizar decisões judiciais patogênicas, qualificadas pelo subjetivismo e pela ausência de método na busca pela verdade.

O trabalho então debate a valoração racional da prova a partir da literatura de Echandia, Gascón Abellán e Taruffo. Relata, em seguida, os desafios ínsitos à prova científica, trazendo à baila o modelo estadunidense, que coloca os juízes como guardiões (*gatekeepers*) da fiabilidade e utilidade desse tipo de prova.

Investiga-se a relação entre a verdade popperiana e a valoração racional das provas como condição de legitimidade para exercício do poder político recém alçado pelo judiciário.

São descritos e avaliados os movimentos jurídicos que propõem a utilização de evidências empíricas como ferramenta de auxílio à tomada de decisão política e judicial. Enfrentam-se as possibilidades, limitações e críticas a essa visão racionalista do fenômeno jurídico.

Ao final, associam-se as teorias perscrutadas ao longo do texto para buscar resposta à intrincada pergunta: seria legítimo o exercício de poder político pelo judiciário e, em caso positivo, estariam os juízes aptos a lidar com a complexidade contemporânea?

2. LOCALIZANDO O PROBLEMA: GLOBALIZAÇÃO, NEOCONSTITUCIONALISMO E O PAPEL DA VERDADE NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

2.1. Da globalização e do Estado

Não é difícil constatar: o Estado está em transformação. Os paradigmas antes indissociáveis do conceito clássico de Estado¹ caem um após o outro e substituem-se em direção a novos modelos e fenômenos de organização política e social.

O relações e disputas, internas e externas, são feitas a partir de regras novas e distintas. Prevalece, na maioria dos países, a hegemonia do capitalismo, que reescreve soberanias, novas sociedades e relações humanas. O controle do Estado sobre tempo e espaço é atropelado pela livre circulação dos fluxos de capitais, produtos, tecnologia, informações e serviços (Castells, 1999, p. 287).

A globalização² é uma realidade iniludível, palco do empobrecimento mais acentuado dos espaços periféricos, concentrando as riquezas e reproduzindo globalmente o fosso social entre

¹ Sobre o conceito clássico de Estado: “O Estado, desde o seu surgimento como entidade no cenário internacional, sempre procurou valorizar a ideia de independência como uma das condições de sua própria existência. E uma das manifestações mais evidentes desta qualidade de pessoa jurídica independente é a soberania. [...] O conceito clássico de soberania pode ser entendido como sendo a prerrogativa que possui o Estado de se auto gerir, isto é, de definir seu próprio destino. Isto significa o poder de, sobre o seu território, o Estado determinar comportamentos, impor sanções, condicionar atitudes, enfim, exercer a sua jurisdição, sem a interferência de qualquer outro ente da comunidade internacional” (Alemar, 2008, p. 38).

² Arnaldo Godoy (2003, p. 5) explica que “[g]lobalização é metáfora de nossos dias que exprime condição econômica e cultural. Promove a hegemonia do capitalismo e de percepções neoliberais, anunciando uma escatologia que consagra novos moldes de soberania, de relações humanas e de idiosincrasias. Impulsiona um neoconservadorismo radical. Provoca reações afinadas com projetos de *terceira via*, a exemplo do neotrabalhismo inglês e do neodemocratismo norte-americano. Insulta os defensores de uma democracia radical, projeto que denuncia as necessidades falsas que a globalização promove. A globalização formata modelos epistêmicos, saberes, plasmando também um inusitado conjunto normativo. A globalização dita um direito diferente, especialmente para países periféricos, como o nosso. O direito brasileiro vem sendo redesenhado como resultado de nossa inserção no mundo globalizado. [...] Os economistas perseguem uma ética weberiana da convicção, preocupados que estão com os fins. Os juristas encaixam uma ética também weberiana da responsabilidade, desassossegados com os meios. Legisladores e magistrados perambulam por esse tiroteio, que atinge mais duramente o cidadão.” Para Boaventura de Sousa Santos (2002), “[u]ma revisão dos estudos sobre os processos de globalização mostra-nos que estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por esta razão, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas deste fenômeno parecem pouco adequadas. Acresce que a globalização das últimas três décadas, em vez de se encaixar no padrão moderno ocidental de globalização - globalização como homogeneização e uniformização - sustentado tanto por Leibniz, como por Marx, tanto pelas teorias da modernização, como pelas teorias do desenvolvimento dependente, parece combinar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais, por um lado, o particularismo, a diversidade local, a identidade étnica e o regresso ao comunitarismo, por outro. Além disso, interage de modo muito diversificado

pobres e ricos, comandantes e comandados. As polarizações sociais são agora internacionais. O desemprego e a carestia seguem ao lado desse reajustamento global, que produz novos ricos e amplia a pobreza (Harrison, 2006, p. 41-42).

Enquanto o capitalismo global ganha força e as ideologias nacionalistas revelam sua robustez, o Estado-Nação contemporâneo³ perde seu poder (Castells, 1999, p. 287], mitigando-se a ponto de tornar-se instrumental, quase uma marionete a serviço de interesses econômicos, políticos e financeiros de especuladores e grandes empresas.

O Estado aproxima-se indissociavelmente do mercado, em um processo de submissão à lógica da economia e dos interesses empresariais e corporativos. O fenômeno, normalmente chamado de neoliberalismo, deu origem a um notável paradoxo: antes, o liberalismo semeava constituições e as soberanias nacional e popular, hoje agride as constituições, é antipovo, antissoberania e antinação (Bonavides, 2012, p. 46).

O legislador preocupa-se em viabilizar um novo regime, com a aprovação de normas voltadas à remodelação das relações entre Estado e mercado, inaugurando a regulação dos serviços públicos a partir de um processo de desestatização que limita o papel estatal à normatização e regulação (Ferraz Júnior, 2008, p. 9).

com outras transformações no sistema mundial que lhe são concomitantes, tais como o aumento dramático das desigualdades entre países ricos e países pobres e, no interior de cada país, entre ricos e pobres, a sobrepopulação, a catástrofe ambiental, os conflitos étnicos, a migração internacional massiva, a emergência de novos Estados e a falência ou implosão de outros, a proliferação de guerras civis, o crime globalmente organizado, a democracia formal como uma condição política para a assistência internacional, etc”.

³ Nesse sentido, Eric Hobsbawm (2002, p. 553-554): “O Estado-nação estava sendo erodido de duas formas, de cima para baixo. Perdia rapidamente poder e função para várias entidades supranacionais, e, na verdade, de forma absoluta, na medida em que a desintegração de grandes Estados e impérios produzia uma multiplicidade de Estados menores, demasiado fracos para defender-se numa era de anarquia internacional. Perdia também, como vimos, seu monopólio de poder efetivo e seus privilégios históricos dentro de suas fronteiras, como testemunham a ascensão da segurança privada e dos serviços postais privados competindo com o correio, até então praticamente controlado em toda parte por um ministério de Estado. Esses fatos não tornavam o Estado nem redundante nem ineficaz. Na verdade, em alguns aspectos, sua capacidade de acompanhar e controlar os assuntos de seus cidadãos foi reforçada pela tecnologia, pois praticamente todas as transações financeiras e administrativas destes (tirando pequenos pagamentos em dinheiro) provavelmente eram agora registradas por algum computador, e todas as suas comunicações (com exceção da maioria das conversas face a face ao ar livre) podiam ser agora interceptadas e gravadas. [...] No fim do século, o Estado-nação se achava na defensiva contra uma economia mundial que não podia controlar; contra as instituições que construía para remediar suas próprias fraquezas internacionais, como a União Européia; contra sua aparente incapacidade fiscal de manter serviços para seus cidadãos, tão confiantemente empreendidos algumas décadas atrás; contra sua incapacidade real de manter o que, pelos seus próprios critérios, era sua maior função: a manutenção da lei e da ordem públicas. O fato mesmo de, na era de sua ascensão, o Estado ter assumido e centralizado tantas funções, e estabelecido para si mesmo tão ambiciosos padrões de ordem e controle públicos, tornava sua incapacidade de mantê-los duplamente dolorosa. E, no entanto, o Estado, ou alguma outra forma de autoridade pública representando o interesse público, era mais indispensável do que nunca se se queria enfrentar as iniquidades sociais e ambientais do mercado ou mesmo [...] caso se quisesse que o sistema econômico operasse de maneira satisfatória”.

O Estado, diante de quadros sociais, políticos e econômicos dotados de notável complexidade, reinventa-se em busca de respostas. As leis do parlamento não mais atendem aos novos padrões da revolução tecnológica, o que exige a criação de normas aptas a tratar, eficientemente, as especificidades e planejamentos setoriais, viabilizando a atuação do Estado em favor das expectativas do mercado e na realização de seus próprios valores (Souto, 2002, p. 233).

O direito, como consequência, é afetado diretamente pela globalização e pelos fenômenos que induziram as aludidas mutações, que moldam e afetam as faces do Estado e da sociedade contemporâneos. Estas mudanças fazem emergir novas perspectivas e grandes perplexidades na compreensão e na posterior construção de uma teoria do direito que se revele apta a garantir, integralmente, as históricas conquistas sociais que resultaram na consagração dos direitos humanos e fundamentais.

2.2. Do direito em tempos de globalização

O Estado contemporâneo tem voltado suas ações em favor de escopos aparentemente contraditórios: de um lado a preocupação com o livre funcionamento do mercado e, de outro, a crescente atenção aos direitos e garantias fundamentais e a temas de interesse coletivo, tal como a proteção ao meio ambiente⁴. Emerge uma clara dicotomia entre eficiência econômica e os alicerces constitucionais do Estado.

O direito, como consequência, foi sensivelmente afetado por esse novo modelo de Estado, que perdeu o monopólio de criação de normas e da resolução de conflitos, assumindo

⁴ Ante tal quadro, surge na Europa a noção de Estado Ambiental de Direito, como uma resposta à demanda coletiva – social – por uma proteção presente e futura do bioma, de modo que a humanidade e o próprio Estado possam perdurar sustentavelmente no espaço terrestre. Se existe uma clara prevalência dos capitais e do fluxo de riquezas pelo globo, a despeito ou graças ao empenho dos Estados, também é certo que, independente de qualquer brandura ou benevolência, interessa ao capitalismo e capitalistas que a sociedade esteja apta a consumir e que o planeta esteja pronto a sustentar tais intenções de consumo. O desenvolvimento econômico e o lucro demandam ações que, em maior ou menor grau, exploram os potenciais do meio ambiente. Não há produção de riqueza sem utilização de recursos ambientais, não há o romantismo idílico da vida do homem em perfeita harmonia com a natureza. Tal ambivalência é essencialmente humana, pois a sobrevivência e a evolução da espécie passa tanto pela preservação da natureza quanto pela exploração de seus recursos; não pode o homem ultrapassar seu contexto natural, sua dependência ambiental. Resta-lhe adequar-se a essa dependência, viabilizando meios de utilização adequada (sustentável) dos recursos naturais (Derani, 2005, p. 641-642). À esse demanda por preservação e pelo reequacionamento do papel do Estado se acopla uma terceira geração de direitos fundamentais: ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida sadia e à preservação do patrimônio genético. O Estado Ambiental de Direito (*Umweltssat*) surge como uma resposta necessária à demanda coletiva e aos interesses do capital, essencialmente como um instrumento de sobrevivência cuja demanda é solidária.

uma dimensão global e transnacional e sofrendo um processo crescente de fragmentação em múltiplos dialetos jurídicos (Antunes, 2008, p. 47).

A complexidade que permeia as relações sociais e políticas e os modelos econômicos contemporâneos exige que as normas sejam produzidas com rapidez e a partir de premissas técnicas labirínticas, demandando uma habilidade inédita de regular situações mutáveis e conjunturais⁵. A regulação dessas conjunturas impõe um regime normativo dotado de flexibilidade e sujeito à contínua revisão decorrente de uma novel capacidade normativa conjuntura (Grau, 2005, p. 27).

Neste cenário em que o direito transita entre a Constituição e a regulação, surgem tensões em áreas especialmente sensíveis, tais como segurança social e direito do trabalho.

No Brasil, por exemplo, já foram aprovadas três emendas constitucionais (n^{os} 20, de 1998, 41, de 2003 e 47, de 2005) que alteraram os regimes previdenciários geral e dos servidores públicos, sempre buscando a redução de custos e déficits dos respectivos sistemas. Em nenhum dos casos foi reconhecida – pelo executivo ou judiciário – violação a direitos adquiridos dos cidadãos atingidos pelas reformas⁶.

Na Europa, surgem a todo tempo propostas de alteração nas leis laborais e previdenciárias, sempre visando, assim como no Brasil, o saneamento de finanças e a redução

⁵ Neste sentido, Eros Roberto Grau (2005, p. 27): “O direito, agora, já não mais ordena exclusivamente situações estruturais: a regulação de situações conjunturais, o que impõe sejam as normas dotadas de flexibilidade e estejam sujeitas a contínua revisibilidade, nos coloca novamente diante do conceito de norma jurídica e dos traços que a caracterizam”.

⁶ Neste sentido, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3104, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: “EC 41/2003: Critérios de Aposentadoria e Direito Adquirido. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP contra o art. 2º e a expressão “8º”, contida no art. 10, ambos da Emenda Constitucional 41/2003, que tratam dos critérios para a aposentadoria e revogam o art. 8º da Emenda Constitucional 20/98. Salientando a consolidada jurisprudência da Corte no sentido da inexistência de direito adquirido a regime jurídico previdenciário e da aplicação do princípio *tempus regit actum* nas relações previdenciárias, entendeu-se não haver, no caso, direito que pudesse se mostrar como adquirido antes de se cumprirem os requisitos imprescindíveis à aposentadoria, cujo regime constitucional poderia vir a ser modificado. Asseverou-se que apenas os servidores públicos que haviam preenchido os requisitos previstos na EC 20/98, antes do advento da EC 41/2003, adquiriram o direito de aposentar-se de acordo com as normas naquela previstas, conforme assegurado pelo art. 3º da EC 41/2003 (“Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.”). Esclareceu-se que só se adquire o direito quando o seu titular preenche todas as exigências previstas no ordenamento jurídico vigente, de modo a habilitá-lo ao seu exercício, e que as normas previstas na EC 20/98 configurariam uma possibilidade de virem os servidores a ter direito, se ainda não preenchidos os requisitos nela exigidos antes do advento da EC 41/2003. Assim, considerou-se não haver óbice ao constituinte reformador para alterar os critérios que ensejam o direito à aposentadoria por meio de nova elaboração constitucional ou de fazê-las aplicar aos que ainda não atenderam aos requisitos fixados pela norma constitucional. Vencidos os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello, que julgavam o pleito procedente”.

de déficits. Como exemplo das pressões internas e externas em torno do tema, o Fundo Monetário Internacional (FMI) sugere que as reformas nos sistemas trabalhista e previdenciário dos países europeus são condição indispensável ao crescimento sustentável do velho continente⁷. O mesmo estudo ressalta que, para o melhor desenvolvimento do ambiente dos negócios na zona do euro, devem ser promovidas mudanças nos respectivos sistemas judiciais⁸, ainda que reconheça que “[j]udicial systems are by definition a national institution, but the EU should exert pressure on countries which do not guarantee a minimum acceptable standard” (Barbku et al., 2012, p. 22).

De outro lado, com fundamento diametralmente oposto, as cartas constitucionais evidenciam a resposta do Estado às pressões do mercado e da economia. A Constituição, como documento jurídico e político indispensável ao Estado de direito, está imersa nesta tensão social, econômica e institucional. É nela que se perfaz a reação estatal, comprometida com a efetividade e garantia dos direitos fundamentais (Morais, 2010, p. 137). O direito constitucional contemporâneo agrega o surgimento dos princípios⁹ e dos direitos fundamentais¹⁰ como elementos normativos ínsitos à sua legitimidade.

⁷ “Staff simulations show that large-scale labor, product market, and pension reforms, which cut the distance of euro area countries to growth-maximizing benchmarks in half, could boost output by 4½ percent over the next five years. A pan-European approach is important: a quarter of this additional growth is expected to derive from positive cross-country and cross-reform spillovers. But one must be realistic that the near-term impact on growth, as opposed to the effect on overall confidence, will likely be modest” (Barbku et al., 2012, p. 3).

⁸ “To improve the business environment, the following reforms are recommended to remove unnecessary procedures and costs that weigh on entrepreneurship, and harmonize bankruptcy proceedings to facilitate exit of inefficient firms. *Justice system reforms.* A properly functioning justice system is key for all sectors but, in particular, for the labor market, FDI, and innovation. Good labor market reform may not deliver any result if not supported by a proper judicial system. Foreign investors are deterred from uncertainty related to jurisprudence. Innovation will not take off if property rights are not properly defended” (Barbku et al., 2012, p. 22).

⁹ Sobre os princípios constitucionais, Gomes Canotilho (2003) classifica-os de acordo com a seguinte tipologia: i. princípios jurídicos fundamentais, que seriam “[...] os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional” (p. 1165); ii. princípios políticos constitucionalmente conformadores, ou seja, aqueles “[...] princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte” (p. 1166); iii. princípios constitucionais impositivos, que seriam aqueles nos quais “[...] subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas” (p. 1166-1167) e, finalmente; iv. os princípios garantia, qualificados como aqueles que “[...] visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa” (p. 1167). Ainda acerca dos princípios, Bonavides (2007, p. 288) destaca que “[...] os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais grajeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”. E prossegue: “A esta altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra. Consagração observada de pero na positividade dos textos constitucionais, donde passam à esfera decisória dos arestos, até constituírem com estes aquela jurisprudência *principal*, a que se reporta, com toda argúcia, Garcia de Enterría” (p. 289).

¹⁰ Sobre o impacto dos direitos fundamentais enquanto alicerce do Estado constitucional, a lição de Paulo Bonavides (2007, p. 581): “Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma

Arnaldo Godoy (2003, p. 46) concorda que o direito constitucional - em especial - foi afetado por esse Estado em constante mutação. Citando Gomes Canotilho, o jurista brasileiro esclarece que “[...] um direito constitucional pós-moderno seria um direito pós-intervencionista, caracterizado por ser processualizado, dessubstantivado, neo-corporativo e ecológico. Uma constituição afinada com a pós-modernidade teria cariz reflexivo, garantindo mudanças a partir da construção de rupturas”¹¹.

Tais mudanças ocasionaram uma reinvenção de forças que trouxe à tona o poder judiciário como protagonista político; um poder do Estado reagindo em favor e em respeito à supremacia da Constituição.

Se o poder executivo era o vértice mais intenso da repartição de poderes no início do século XX, justamente por focar-se na garantia e implementação dos direitos fundamentais nitidamente associados aos direitos humanos, o poder judiciário, no atual momento histórico, apresenta-se dotado de um poder político intenso, voltado à proteção da matriz constitucional e dos direitos fundamentais, parcialmente abandonados pelo esmorecimento do executivo em face dos impactos da globalização da economia e das finanças.

A Constituição, sob essa perspectiva, passa a ocupar o núcleo do ordenamento jurídico, tornando-se fundamento do Estado, em um fenômeno de crescente constitucionalização do direito¹². Os direitos fundamentais¹³, por conseguinte, integram a base da nova legitimidade

teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção de Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição”.

¹¹ Arnaldo Godoy (2005, p. 117), no entanto, rechaça a emergência de um direito pós-moderno, que contrastaria e substituiria o direito moderno, tal qual a pós-modernidade se opôs à modernidade. Para o jurista paranaense, “[o] direito moderno exaure racionalidade burocrática e impessoal, que se implementa nos seus vários institutos., que se fracionam tradicionalmente em nichos públicos e privados, corte romanístico, que se presta mais a definir um cânon hermenêutico do que propriamente a plasmar realidade ôntica. À supremacia do interesse público, opõe-se a autonomia da vontade, identificadora de modelos exegéticos de direito privado. Porém, decididamente, não há um direito pós-moderno. Há, sim, reflexão jusfilosófica pós-moderna, questionadora de paradigmas do direito moderno, mas incapaz ou desinteressada em apresentar modelo alternativo, real, factível. Quando muito, poderia se duvidar da cindibilidade justinianéia entre direito público e direito privado, questionando interesses públicos e demonstrando a primariedade suposta de alguns deles, que não se confundem simplesmente com os projetos que animam os governantes, detentores da máquina propulsora da inflação legislativa e da elefantíase judicial pela qual passamos”.

¹² Paolo Comanducci (2009, p. 86) define a constitucionalização do direito como “[...] un proceso al término del cual el derecho es «impregnado», «saturado» o «embebido» por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”.

estatal, que se deslocou da lei e que, para o futuro, tende a ser “[...] a fonte da superintendência normativa de toda a Constituição”, de sua legitimidade, ética, axiologia e positividade (Bonavides, 2012, p. 52-53).

2.3. O direito contemporâneo, a supremacia constitucional e o neoconstitucionalismo

Conforme já restou destacado, o direito destes tempos de globalização possui dois lados bastante distintos. De um lado, é um direito preocupado em viabilizar o funcionamento de sistemas econômicos complexos que regem o mundo globalizado; trata-se de um direito de regulação bastante afastado do legislativo e da Administração e muito próximo das agências independentes. É um direito que decorre de um poder normativo de conjuntura, meramente instrumental (Grau, 2005, p. 27). De outro lado, emergem os direitos fundamentais como núcleo do Estado Democrático; os princípios constitucionais são elevados à normatividade e avança a politização das decisões judiciais, indispensável à efetividade daqueles direitos e princípios.

A este trabalho interessa especialmente o segundo aspecto (a constitucionalização do direito).

O protagonismo da Constituição no Estado contemporâneo decorreu de um fenômeno histórico que tomou conta dos principais países da Europa ocidental (França, Alemanha, Espanha e Itália) no pós-guerra. Nestes países, as decisões dos respectivos Tribunais Constitucionais foram fundamentais para a constitucionalização do direito (Comanducci, 2009, p. 85).

Daniel Sarmento (2009, p. 271) esclarece que, após a segunda guerra mundial, “[...] as novas constituições [...] criaram ou fortaleceram a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.

¹³ Jorge Miranda (2008, p. 11) ressalta que “[...] deve-se ter por *direito fundamental* toda posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na *Lei Fundamental*. Participante, por via da Constituição formal, da própria Constituição material, tal posição jurídica subjectiva fica, só por estar inscrita na Constituição formal, dotada de protecção a esta ligada, nomeadamente quanto a garantia da constitucionalidade e a revisão. [...] Ou seja: todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles”. Mais adiante, acresce que “[...] os direitos fundamentais, ou pelo menos os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, radicam no Direito natural (ou, se se preferir, em valores éticos superiores ou na consciência jurídica comunitária), de tal sorte que devem ser tidos como *limites transcendentos* do próprios poder constituinte material (originário) e como *princípios axiológicos fundamentais*” (p. 15).

Sob essa perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação das leis”.

Essa constitucionalização do direito pode ser conceituada como um processo de transformação em que o ordenamento jurídico é totalmente impregnado pelas normas constitucionais, capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os atores políticos e a sociedade. Em um ordenamento jurídico constitucionalizado, a lei maior resulta em uma ordem fundamental que impõe ações positivas aos Estados - e não apenas abstenções (Carbonell, Gil, 2011, p. 34).

Enfrentando o tema, Canotillho (2003, p. 26-27) fala em uma viragem jurisprudencial do direito constitucional, representada pela atividade interpretativa dos Tribunais Constitucionais; em um novo constitucionalismo voltado à releitura de programas políticos; do emergente direito constitucional global ou internacional; das várias teorias da justiça e do agir comunicativo que pretendem completar (ou substituir) a clássica teoria da constituição e das relações entre constituição e a sociedade técnica, informativa e de risco como experiências constitucionais recentes e relacionadas à modernidade¹⁴.

Em conexão com este novel e fundamental papel da Constituição¹⁵, diversos movimentos jurídicos afloraram sob a denominação de neoconstitucionalismo, cujo intento comum é a superação tanto do positivismo quanto do jusnaturalismo (Comanducci, 2009, p. 87-88). O neoconstitucionalismo, portanto, não representa um discurso unitário, tampouco guarda conceituação uníssona entre seus defensores¹⁶.

¹⁴ “[A]s instituições e os indivíduos presentes numa ordem constitucional estão hoje mergulhados numa *sociedade técnica, informativa e de risco* que obriga o jurista constitucional a preocupar-se com o espaço entre a técnica e o direito de forma a evitar que esse espaço se transforme numa terra de ninguém jurídica. Não se admirem, por isso, as angústias constitucionais perante os fenômenos da biotecnologia («inseminações», «clonagens»), das auto-estradas da informação (*information superhighways*) e da segurança do cidadão perante o caso de tecnologias criptográficas” (Canotillho, 2003, p. 27). Importa ressaltar que o debate em torno do tema deve tributo a Rogério Ehrhardt Soares e sua clássica obra *Direito público e sociedade técnica*, de 1969.

¹⁵ É interessante destacar que a supremacia da Constituição, quando vislumbrada sob a ótica sistemática do ordenamento jurídico, é reafirmada pelo controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, cuja competência, como regra, é atribuída às cortes constitucionais.

¹⁶ Sobre o neoconstitucionalismo, Daniel Sarmento ressalta [2009, p. 269-270]: “A palavra «neoconstitucionalismo» não é empregada no debate constitucional norte-americano nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos [...]. Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se

O que reúne estes movimentos sob o mesmo prisma - ou, ao menos, o que permite agrupá-los sob a égide de uma mesma denominação - é a ascensão normativa das cartas políticas e os impactos desta nova realidade na teoria das decisões judiciais. É sob a égide neoconstitucionalista que o poder judiciário encontra espaço para ocupar um inédito poder político, fundado no discurso dos princípios, na supremacia da Constituição, nos direitos fundamentais e no reencontro com a ética.

O novo discurso constitucional ultrapassa as fronteiras da mera reflexão filosófica, ingressando na teoria da decisão judicial e na prática do direito, com impactos na realidade. Algumas técnicas, valores e personagens ganham destaque e outros perdem espaço. A norma esvazia-se sob a perspectiva abstrata e ganha relevância em sua interação com os fatos¹⁷. O intérprete e os fatos, mais que nunca, mostram-se presentes na interpretação constitucional (Barroso, 2010, p. 301-305).

O julgador deixa de exercer um papel - quase exclusivo - de conciliador vertical entre razão e equidade, para ocupar-se de um protagonismo político que o coloca como mediador

define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. [...] Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell (Neoconstitucionalismo[s]), não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa”. Ademais, neoconstitucionalismo e pós-positivismo não podem ser confundidos. Enquanto os movimentos denominados por neoconstitucionalismo refletem uma visão renovada do direito constitucional, atenta às suas importantes transformações normativas e empíricas, o pós-positivismo critica o positivismo jurídico como método, teoria e ideologia, ultrapassando, portanto, os limites dogmáticos e institucionais do direito constitucional (A. G. Silva, 2009, p. 95). O pós-positivismo também tem sido associado à constitucionalização do direito. É o que explica Barroso (2010, p. 305): “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”.

¹⁷ Luís Roberto Barroso (2009a, p. 2) recorda que a intersecção das funções políticas entre os poderes do Estado não é um fenômeno recente, tampouco exclusivamente brasileiro. Para o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e Ministro do STF: “De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial, verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment [...]”

horizontal entre Estado e a sociedade, entre as exigências dos direitos fundamentais em face de uma multiplicidade de subsistemas sociais complexos (Queiroz, 2000, p. 257).

O judiciário passa a demarcar os limites dos direitos fundamentais de garantia, insere-se no controle de políticas públicas (exigindo prestações materiais relacionadas aos direitos sociais, econômicos e culturais) e procura viabilizar a supremacia da Constituição¹⁸ (Barroso, 2009a, p. 86-87). A teoria da decisão judicial coloca-se em um patamar que supera a mera concepção de realização de justiça ou de pacificação de conflitos. De um poder estatal de restritas atribuições¹⁹, o judiciário emerge como indispensável no atual desenho do Estado contemporâneo²⁰.

Esta nova face do judiciário, permeada pela política, enfrenta incontáveis desafios²¹. Afinal, é neste mundo de incertezas e riscos²² que os juízes são chamado a intervir em políticas de Estado para assegurar a supremacia da Constituição e os direitos fundamentais.

¹⁸ O ativismo judicial é um fenômeno que tem encontrado terreno fértil em diversos países do globo. Não se trata, é claro, de um fenômeno uníssono. Os diferentes sistemas jurídicos permitem uma maior ou menor participação do poder judiciário nas forças políticas locais e na elaboração de normas, seja por integrarem a tradição romano-germânica ou o *common Law*, pelo peso normativo da cada Constituição ou pelo desenvolvimento institucional mais ou menos intenso. O fenômeno encontra alicerce comum, no entanto, na ampliação do papel político do poder judiciário. Smithey e Ishiama (2002, *passim*) descrevem forte ativismo judicial nas antigas economias comunistas, relacionando o fenômeno à fragmentação do sistema partidário e à forte confiança popular no judiciário naqueles países (República Tcheca, Geórgia, Letônia, Lituânia, Estônia, Moldávia, Rússia e Eslováquia). Quansah e Fombad (2010, *passim*) avaliam o ativismo judicial no continente africano, relatando a atuação das cortes da África do Sul e de Botsuana e relacionando o fenômeno a uma possível resposta institucional a movimentos políticos e regimes autoritários que porventura possam, mais uma vez, retomar o poder. Na Ásia, o ativismo judicial está presente nas cortes da Índia (Sathe, 2002), Paquistão (Shabbir, 2013, *passim*), Bangladesh (Hogue, 2011, *passim*), Sri Lanka (S. M. Silva, 2009, *passim*) e em outros países. O fenômeno é tido como um instrumento de proteção aos direitos humanos no continente. Na América do Sul o fenômeno é intenso na Colômbia (Nunes, 2010, *passim*), no Brasil e, mais recentemente, na Argentina (Abramovich, Puatassi, 2008, *passim*).

¹⁹ Recorde-se, afinal, que os juízes eram conhecidos como meras “bocas da lei”.

²⁰ Marcos Juruena Villela Souto (2009, p. 818), no entanto, critica severamente essa nova face política do judiciário, bem como sua pretensão de garantir, mediante decisões ativistas, os direitos fundamentais supostamente colocados em risco. Para o autor, “[o] judiciário, em nome do neoconstitucionalismo, e da recente «descoberta» (!) do «princípio da supremacia da Constituição», tem se contentado em conceder migalhas aos indivíduos carentes e a doutrina comemora o grande trunfo do neoconstitucionalismo [...]”.

²¹ Criticando severamente a politização da justiça e a judicialização da política, Marcus Boeira (2013) relata os riscos de abusos e arbitrariedades que emergem no desequilíbrio entre os poderes de Estado, especialmente em um momento histórico de protagonismo judicial. Segundo o autor, “[n]a visão neoconstitucionalista, subsume-se um estado de total insegurança jurídica, a ser garantida não pela lei e nem mesmo pela Constituição, mas sim pelo seu interprete, por aquele que pode decidir inclusive à margem do próprio texto literal da Constituição “em nome da Constituição mesma”. Eis, como diria Hegel, uma fenomenologia do Espírito, em que a razão da história é definida pelo próprio espírito absoluto da história mesma! Analogamente, o Supremo Tribunal Federal pode inclusive modificar o “espírito” da Constituição, em nome dela mesma, a fim de fazer da vida social uma “vida constitucional”, de acordo com os padrões “constitucionais” definidos pelos membros do Tribunal. Uma *ratio decidendi* inteiramente voltada para a definição dos padrões morais da existência humana. Nada diferente daquilo que assistimos nos regimes autocráticos clássicos, em que a obrigação de consciência [...] é definida por algum órgão político, seja partidário ou não, responsável por mudar os padrões de comportamento da sociedade.

Isto é, a decisão judicial garante, em último estágio, a efetividade das normas constitucionais e dos direitos e garantias nela previstos. Logo, não há espaço para o recrudescimento de inseguranças, mas para a valorização da segurança jurídica e da previsibilidade, tudo como decorrência da reconstrução das técnicas de tomada de decisão a partir de um paradigma que valorize o diálogo interdisciplinar e assegure, senão a verdade, a redução metodologicamente viável das incertezas.

Diante de tal quadro, esvazia-se a discricionariedade na tomada de decisão - celebrada pelos positivistas²³ - e ganham espaço o problema da indeterminação e os debates em torno da persecução da verdade no âmbito processual. A legitimidade das decisões judiciais contemporâneas, envoltas em elementos políticos, passa pela valorização da verdade e pela releitura da teoria da decisão judicial, agora sob o prisma de um direito constitucional semanticamente aberto, normativo e apto a enfrentar controvérsias de alta complexidade fática e social.

O direito brasileiro, de recente constitucionalização, reverbera tais impactos²⁴. Aqui – assim como na Europa – o papel do tribunal constitucional (Supremo Tribunal Federal) alçou

Uma onda “politicamente correta” segundo as definições seculares de uma Corte ativista no sentido político-ideológico da expressão”.

²² A sociedade de risco revela caracteres muito próprios da transição social imposta pela globalização. Conforme explica Guivant (2001, p. 96): “O conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização: os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo. Os processos que passam a delinear-se a partir dessas transformações são ambíguos, coexistindo maior pobreza em massa, crescimento de nacionalismo, fundamentalismos religiosos, crises econômicas, possíveis guerras e catástrofes ecológicas e tecnológicas, e espaços no planeta onde há maior riqueza, tecnificação rápida e alta segurança no emprego”.

²³ Lênio Streck (2008, p. 293) descreve de modo bastante emblemático sua crítica à discricionariedade enquanto integrante de um elemento volitivo do juiz: “A (histórica) discricionariedade positivista – embora (historicamente) «limitada» pelo ordenamento jurídico – tem proporcionado uma espécie de «mundo da natureza hermenêutico», em que viceja a liberdade interpretativa (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a discricionariedade admitida por Herbert Hart para a resolução dos *hard cases*), onde, no fundo, queiramos ou não, cada juiz decide como quer (arbitrariamente), de acordo com a sua subjetividade (esquema sujeito-objeto), mesmo porque esses «limites» do ordenamento são limites semânticos, os quais jamais foram obstáculo para as pretensões positivistas, bastando, para tanto, um exame da incontável quantidade de súmulas (para falar apenas nesse tipo de *prêt-à-porter*) *contra-legem* e/ou inconstitucionais”.

²⁴ Sobre a constitucionalização do direito brasileiro, Luís Roberto Barroso (2005) explica: “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis [...]. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada”.

destaque a partir da interpretação sistemática dos textos constitucionais, que ganharam vida (*living constitution*) ao voltar os olhos aos direitos fundamentais²⁵.

2.4. O lugar da verdade no Estado hodierno

Existem temas longamente debatidos nas mais distintas searas do conhecimento humano. Um dos que mais se destacam é o problema da verdade, que encontra repercussão nas neurociências, na filosofia, na antropologia, na sociologia e no direito²⁶.

A verdade sempre desafiou o homem. Desde o período clássico da Grécia antiga²⁷, já era essencial à filosofia de Sócrates e Platão²⁸. Atualmente, seus limites são discutidos e

²⁵ Neste sentido, as observações de Daniel Sarmiento (2009, p. 273-274): “Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa [...]. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo. A principal matéria-prima dos estudos que se identificam com o neoconstitucionalismo relaciona-se às mutações da cultura jurídica acima descritas. Em que pese a heterogeneidade dos posicionamentos jusfilosóficos dos autores que se filiam a esta linha, não me parece uma simplificação exagerada dizer que os seus principais pontos de convergência são o reconhecimento destas mudanças e a sua defesa. As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito [...]. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geométrico* de premissa gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar [...]. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas. No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais [...]”.

²⁶ A discussão acerca do conceito e limites da verdade tem passado pelo problema da relação entre “mente/cérebro”. A verdade, enquanto, representação da realidade, seria processada pela mente. No entanto, os estados mentais sofrem impactos do mundo físico, inclusive o cérebro. Significa dizer que o cérebro pode “enganar” a mente e, justamente por isso, enviesar o que se julga verdadeiro. Nesse sentido, a lição de Pereira Júnior (1991, p. 144): “As propostas de avanço no estudo do problema cérebro/mente se agrupam em duas grandes estratégias complementares: a primeira, “de cima para baixo”, procura definir, com o máximo de clareza e rigor, os conceitos e funções psicológicos fundamentais, e fazer hipóteses sobre as estruturas subjacentes nas quais tais funções se assentam; não exclui o uso do método introspectivo, porém não o julga suficiente, devendo ser operado conjuntamente com modelos computacionais, nos quais se possam formular as hipóteses teóricas julgadas necessárias. A segunda estratégia, “de baixo para cima”, procura, partindo das teorias neurofisiológicas, relacionar estados mentais com atividades de certas regiões cerebrais, e funções mentais com funções cerebrais”.

²⁷ Sobre o tema, as pertinentes observações de Lucília Lopes Silva (2005) ao distinguir as concepções de verdade sob a perspectiva grega (*aletheia*) e romana (*veritas*) e sua repercussão no direito: “Na Grécia clássica a expressão *phronésis* designava sabedoria. *Phronésis* estava sempre associada a outras duas palavras: *aletheia* (verdade) e *eudaimonia* (harmonia, felicidade). A sabedoria, pois, só teria o seu sentido completo quando

investigados nos mais diversos ramos do conhecimento humano; é um debate que nunca deixou de ser relevante.

Entre os pensadores modernos, a filosofia da verdade proposta por Hans-Georg Gadamer²⁹ é de intensa repercussão. De acordo com o filósofo alemão, a verdade estaria associada à ideia de finitude e de historicidade do ser humano, não se admitindo a busca da verdade histórica por métodos meramente racionalistas (Oliveira, 2006, p. 7-8).

Para Gadamer (1999, p. 31), “[e]ntender e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência – embora, sem dúvida, se trata também aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a tradição não se compreende apenas textos, mas também se adquirem juízos e se reconhecem verdades”.

Em sentido oposto ao proposto por Gadamer, Karl Raimund Popper (2010, p. 186) abraça o método científico, embora nele reconheça uma verdade apenas conjectural. Destaca que os resultados dos mais diversos experimentos e estudos são relativos; no entanto ressalta que

formasse uma triangulação com a verdade e a felicidade. Parece-me impossível ter phronésis sem aletéia. Ao passo que, tendo phronésis e aletéia, a felicidade, a harmonia são inevitáveis. O triângulo se completa. Buscar a verdade - aletéia - seria buscar distinguir aquilo que é impressão dos sentidos, o que está impregnado com o nosso arbítrio, com a nossa instabilidade de humores, tudo, enfim, que nos é subjetivamente próprio - do que é produto da razão, onde encontraremos conhecimentos universais, iguais para toda a humanidade. Infelizmente, não é com a aletéia que o direito está comprometido. O direito está comprometido com a veritas dos romanos - que significa “afirmação de um fato”. Ou seja, buscamos a melhor narrativa do fato, e não o fato em si. Conseqüentemente, o compromisso do direito é com a estabilidade. E o que é estabilidade? É firmeza, solidez, segurança. Realmente causa estranheza ver-se buscar firmeza, solidez, segurança com veritas, e não com aletéia”.

²⁸ Neste sentido, trecho de *A república*, no qual Platão descreve o *mito da caverna* por intermédio de diálogo entre Sócrates e Glauco: “SÓCRATES - Se, enquanto tivesse a vista confusa -- porque bastante tempo se passaria antes que os olhos se afizessem de novo à obscuridade -- tivesse ele de dar opinião sobre as sombras e a este respeito entrasse em discussão com os companheiros ainda presos em cadeias, não é certo que os faria rir? Não lhe diriam que, por ter subido à região superior, cegara, que não valera a pena o esforço, e que assim, se alguém quisesse fazer com eles o mesmo e dar-lhes a liberdade, mereceria ser agarrado e morto? GLAUCO - Por certo que o fariam. SÓCRATES - Pois agora, meu caro GLAUCO, é só aplicar com toda a exatidão esta imagem da caverna a tudo o que antes havíamos dito. O antro subterrâneo é o mundo visível. O fogo que o ilumina é a luz do sol. O cativo que sobe à região superior e a contempla é a alma que se eleva ao mundo inteligível. Ou, antes, já que o queres saber, é este, pelo menos, o meu modo de pensar, que só Deus sabe se é verdadeiro. Quanto à mim, a coisa é como passo a dizer-te. Nos extremos limites do mundo inteligível está a ideia do bem, a qual só com muito esforço se pode conhecer, mas que, conhecida, se impõe à razão como causa universal de tudo o que é belo e bom, criadora da luz e do sol no mundo visível, autora da inteligência e da verdade no mundo invisível, e sobre a qual, por isso mesmo, cumpre ter os olhos fixos para agir com sabedoria nos negócios particulares e públicos” (1956, p. 290-291).

²⁹ O constitucionalista Peter Häberle (2008, p. 35) sugere que a filosofia da verdade de maior abrangência da atualidade é aquela proposta por Gadamer, em sua obra *Verdade e Método*.

essa relatividade ocorre no âmbito do desenvolvimento científico, razão pela qual não há que se questionar a verdade dessas afirmações e hipóteses³⁰.

Analisando as teorias popperianas, Rodrigues e Lamy (2012, p. 229-230) destacam que a verdade é uma meta; ou seja, algo perseguido mas nunca possuído. Na medida em que são refutadas teorias falsas, em um processo de tentativa e erro, há uma consequente aproximação da verdade ante a expurgação de erros ao longo do tempo. Mas essa verdade sempre será conjectural, nunca absoluta, uma vez que sempre estará sujeita a refutações futuras.

Apesar da resistência de Gadamer aos métodos racionalistas, a complexidade social ora vigente pede (senão exige) a redução das incertezas na tomada de decisões públicas. E, nesse sentido, os métodos empíricos não podem ser ignorados.

Com fundamento em elementos epidemiológicos e estatísticos, os cientistas encontram respostas que, matematicamente, têm menores chances de serem falsas. Como assevera Rosenberg (2009, p. 162), certamente influenciado por Popper, “[t]eorias nunca podem ser confirmadas, mas podem ser corroboradas pela evidência. Como a corroboração se diferencia da confirmação? É uma propriedade quantitativa das hipóteses o que mede seu conteúdo e sua testabilidade, sua simplicidade e seu histórico de sucesso enfrentando as tentativas de falsificá-las em experimentos”.

Com efeito, considerada a práxis dos estudos científicos de natureza epidemiológica (ensaios clínicos e revisões sistemáticas, por exemplo), comuns à medicina, à biologia, à química e física³¹ - e mais recentemente à economia e ao direito - a busca pela verdade pode ser intensamente orientada por resultados empíricos.

³⁰ “Os resultados científicos são «relativos» (se é que se deve usar este termo) apenas na medida em que são resultados de determinado estágio do desenvolvimento científico, passíveis de ser superados pelo avanço da ciência. Mas isso não quer dizer que a *verdade* seja «relativa» - quando uma afirmação é verdadeira, ela é verdadeira para sempre. Significa apenas que a maioria dos resultados científicos tem o caráter de hipóteses, ou seja, de enunciados em relação aos quais as provas são inconclusivas; por conseguinte são passíveis de revisão a qualquer momento. Essas considerações [...], apesar de não serem necessárias para uma crítica aos sociologistas, talvez ajudem a compreender as teorias deles. [...] [T]ambém lançam alguma luz sobre o importante papel que a colaboração, a intersubjetividade e o caráter público do método desempenham na crítica científica e no avanço da ciência. É verdade que as ciências sociais ainda não atingiram plenamente esse caráter público do método, o que se deve, em parte, à influência de Aristóteles e de Hegel, destruidora da inteligência; e em parte, talvez também à incapacidade delas de usar os instrumentos sociais da objetividade científica [...] Dito isso de outra maneira, alguns cientistas sociais são incapazes de falar uma linguagem comum e até avessos a fazê-lo” (Popper, 2010, p. 368).

³¹ Maria Fernanda Lima-Costa e Sandhi Maria Barreto (2003, p. 191) enumeram tipos de estudos epidemiológicos mais comuns: “Os estudos epidemiológicos podem ser classificados em observacionais e experimentais. [...] De uma maneira geral, os estudos epidemiológicos observacionais podem ser classificados em descritivos e analíticos”.

Ainda que tal persecução seja por uma verdade conjectural e não absoluta, é fato que a melhor decisão sempre será orientada com fulcro na hipótese ou teoria ainda não refutada ou com o menor índice conhecido de refutações. A busca pela verdade, portanto, talvez seja interminável.

Esta mesma penumbra que dificulta a delimitação objetiva dos conceitos e limites da verdade, também se põe no que toca à sua relevância para o Estado hodierno³². Para Peter Häberle (2008, p. 123), ainda que exista uma pluridade de verdades desconstruídas e que sua busca quase sempre termine estagnada no próprio processo de delimitação de conteúdo, não se pode concluir que seu papel seja juridicamente irrelevante, platônico ou mesmo uma fórmula vazia³³.

Ainda que o Estado não esteja em posse da verdade, está predestinado a buscá-la³⁴, pois nela encontra parte de seu fundamento. Afinal, as decisões públicas devem ser transparentes, eficientes e guiadas pelo interesse público, princípios inatingíveis sem o respaldo da verdade.

Neste sentido, conforme sugere Peter Häberle (2008, p. 105-106), o falsificacionismo, o racionalismo crítico e a sociedade aberta de Karl Popper³⁵ retratam de modo exemplar a relação do Estado com a verdade e com os problemas ínsitos a essa relação³⁶.

³² Discutindo Peter Häberle e sua perspectiva da verdade, Christine Oliveira Peter da Silva e André Pires Gontijo (2008, p. 5412) concluem que o “[...] jurista não pode ficar satisfeito em receber uma definição do que seja verdade. O intérprete tem a obrigação de tomar consciência do debate filosófico em torno da verdade. As concepções de verdade variam segundo a especialidade científica, mas para o constitucionalista, a busca de consensos básicos, seguindo o sentido dos consensos éticos mínimos, pode conduzir à compreensão do conceito de dignidade humana”.

³³ No que toca ao direito à verdade relacionado aos abusos de direitos humanos por Estados tirânicos, Raphael Neves destaca que, “[n]os últimos vinte anos, o «direito à verdade» passou a integrar diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. A extensão e o conteúdo desse direito podem variar dependendo do instrumento ou da interpretação das cortes. Em geral, ele se aplica tanto aos indivíduos, que têm o direito de saber a verdade sobre as causas e razões de seu sofrimento, quanto à sociedade, que tem o direito de saber a verdade sobre eventos ocorridos no passado (2012, p. 165) [...] Disso se conclui que o direito à verdade é visto como um elemento fundamental para a reparação das vítimas de graves violações de direitos humanos e de direito humanitário, ambos na perspectiva do direito internacional. Em 2009, o Conselho de Direitos Humanos da ONU adotou uma resolução sobre o direito à verdade encorajando os Estados a tomar algumas medidas a fim de facilitar os esforços das vítimas e de seus familiares de conhecer a verdade sobre graves violações de direitos humanos. Mais do que isso, expressamente fez referência à opinião pública e, portanto, à sociedade em geral, como detentora de um direito à verdade” (2012, p. 167).

³⁴ Neste sentido, veja-se, por exemplo, o artigo 37, *caput*, da Constituição brasileira, que estabelece que a Administração pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Os princípios da publicidade e, em especial, da eficiência, evidenciam as intenções do legislador constituinte em salvaguardar a transparência e a tomada de decisão em um ambiente de redução de incertezas (e, por conseguinte, eficiente).

³⁵ Popper (2010, p. 34-36) reconhece a natureza conjuntural da verdade e da ciência. No que toca ao racionalismo, ao racionalismo acrítico (ou abrangente) e ao racionalismo crítico, Popper esclarece que “[...] a única maneira do racionalismo exagerado revelar-se nocivo é pela tendência a minar sua própria posição e, com isso, promover uma reação irracionalista. Só esse perigo me induz a examinar mais de perto as pretensões de um

2.5. O lugar da verdade no direito e na teoria da decisão judicial

2.5.1. Que verdade?

Ao direito, como ciência alicerçada na realização da justiça, interessa a verdade, ainda que vista de soslaio, numa representação de fatos que se concretiza diante dos olhos do julgador pela produção das provas³⁷.

No âmbito dos processos judiciais, a distancia que separa a “verdade do processo” e a “verdade fora do processo” pode ser mais ou menos estendida. É normal que, no processo civil, a convicção do julgador seja formada a partir da prova preponderante, com base na tese mais provável ou em verossimilhança (*preponderance of evidence*), enquanto no processo penal a condenação somente poderá advir de fatos cuja prova está além de qualquer dúvida (*beyond reasonable doubt*) (Perelman, 2005, p. 598).

racionalismo excessivo e a defender um racionalismo modesto e autocrítico, que reconheça limitações. Por conseguinte, estabelecerei em seguida uma distinção entre duas atitudes racionalistas, o racionalismo crítico e o racionalismo acrítico ou racionalismo abrangente. O racionalismo acrítico ou abrangente pode ser descrito como a atitude da pessoa que diz: Não me disponho a aceitar nada que não possa ser defendido por meio da argumentação ou da experiência. [...] Nenhum argumento racional surtirá um efeito racional em alguém que queira adotar uma atitude racional. Portanto, o racionalismo abrangente é insustentável. Quem adota a atitude racionalista o faz por haver adotado, consciente ou inconscientemente, uma proposta, decisão, crença ou comportamento – e tal adoção pode ser chamada de irracional. Quer essa adoção seja provisória, quer conduza a um hábito arraigado, podemos descrevê-la como uma fê irracional na razão. Portanto, o racionalismo está longe de ser abrangente ou autônomo. [A] decisão de adotarmos uma forma de irracionalismo mais ou menos radical ou adotarmos a concessão mínima ao irracionalismo, que denominei de «racionalismo crítico», afetará profundamente toda a nossa atitude em relação aos outros seres humanos e aos problemas da vida social. O racionalismo mantém estreita ligação com a crença na unidade da humanidade. [A]rgumentos não podem *determinar* uma decisão moral tão fundamental. Mas isso não implica que nenhum tipo de argumento possa *auxiliar* nossa escolha. Ao contrário, sempre que nos confrontamos com uma decisão moral de natureza mais abstrata, é útil analisarmos criteriosamente as consequências das opções que temos. Só sabemos realmente ao que concerne nossa decisão quando conseguimos visualizar essas consequências de maneira concreta e prática; caso contrário, decidimos às cegas”.

³⁶ As teorias propostas por Popper, em especial o falsificacionismo, não são isentas de críticas. A filosofia da ciência popperiana funda-se na ideia central de que é possível aprender com os erros. Ou seja, não se deve procurar a verificação de teorias, mas, ao contrário, encontrar seus erros e afastá-las em favor de uma nova teoria. Enquanto não forem encontrados erros, a teoria persiste, não como representação da verdade, mas como hipótese mais próxima a ela. Daí concluir que as verdades popperianas são conjecturais. Clara Calheiros (2013, *passim*) destaca que diversos filósofos da ciência já haviam suscitado fragilidades do falsificacionismo, tais como Thomas Kuhn e Paul Feyerabend. No que toca à utilização do falsificacionismo pelos tribunais, no processo de valoração da prova científica (quanto à sua fiabilidade e utilidade, tal como ocorre nos Estados Unidos, com a doutrina *Daubert*), os críticos à Popper defendem o recurso ao teorema de Bayes, corolário do teorema da probabilidade total, que permite aferir a veracidade de uma teoria ou hipótese sob a perspectiva da inclusão de novas descobertas e provas. Dessa forma, poder-se-ia aferir, com maior precisão estatística, se uma certa teoria científica é ou não verdadeira, o que não existiria na proposta falsificacionista de Popper, baseada na premissa de que não é possível demonstrar que qualquer teoria seja verdadeira. O falsificacionismo, no entanto, ainda que não verifique a veracidade de determinada teoria, abre espaço para a definição acerca da hipótese menos refutada (ou não refutada), o que corresponde, senão à verdade, à teoria que mais dela se aproxima.

³⁷ No mesmo sentido, as lições de Greco Filho (1994, p. 175) e Maria Clara Calheiros (2008a, *passim*)

Isto é, ainda que se reconheça que a busca pela verdade seja indispensável ao direito, é preciso ter em mente que a certeza do julgador quanto ao conteúdo das provas carreadas aos autos é altamente variável: no direito civil o juiz pode decidir-se em favor do mais provável, enquanto no direito penal a condenação somente advirá da convicção para além de qualquer dúvida razoável.

A convicção do julgador, portanto, pode transitar entre uma perspectiva de probabilidade (mais provável A do que B) na prova civil até uma conclusão sólida e segura acerca da ocorrência ou não do evento (ou da autoria) objeto da prova penal³⁸.

2.5.2. Buscar a verdade ou solucionar conflitos?

O ato de julgar e dar resolução a conflitos de modo justo está insitamente associado à persecução da verdade dos fatos, por meio da instrução probatória.

No entanto, a produção de provas, com o fito da consecução da verdade por intermédio de um modelo dialético, é uma questão que ultrapassa os muros do direito processual para atingir o âmago dos objetivos da ciência jurídica: buscar a verdade ou solucionar conflitos?³⁹

Sabe-se que o processo é um rito no qual o Estado, enquanto titular da jurisdição, assume o papel de juiz e conciliador, voltado à realização da justiça e, simultaneamente, à pacificação de conflitos. Isto é, há um feixe de finalidades que, submetidos ao rito processual, podem frustrar ou dificultar a obtenção da verdade.

³⁸ Carlos Henrique Borlido Haddad (2012, p. 100-101), tratando da distinção entre verdade formal e verdade material no processo, distingue-as a partir dos instrumentos disponibilizados pelo direito processual para sua busca, a partir de uma perspectiva de prioridade. De acordo com o professor mineiro, “[a] verdade não é meta prioritária a se alcançar, pois não possui valor absoluto, seja no processo civil, seja no penal. Contudo, quanto maior a prioridade em sua busca, pode-se categorizá-la em material e formal. A prioridade é inferida, não mais da iniciativa probatória do juiz, mas dos meios dispostos para o seu alcance. A real distinção entre a verdade material e a formal não se fundamenta no estado ou grau de convicção atingido pelo juiz, nem na profundidade do esclarecimento dos fatos, muito menos no percentual de esforço empregado pelo magistrado para elucidá-los, os quais seriam mais intensos no processo penal. A verdade material não significa que se trate de verdade mais completa em comparação à formal, mas, sim, que são disponibilizados mais instrumentos para se alcançá-la. A divergência entre as verdades formal e material se agudizam ou se amenizam em conformidade com a regulamentação trazida pelo direito positivo no tocante às possibilidades conferidas ao magistrado de melhor elucidação dos acontecimentos que deram ensejo ao ajuizamento da ação”.

³⁹ Neste sentido, Maria Clara Calheiros (2008a, p. 74) ressalta que o grande problema das “[...] posições mais cépticas sobre a verdade tem a ver com o facto de afectarem irremediavelmente a relação existente entre processo e justiça. Na verdade, deixa de fazer qualquer sentido falar em processo justo ou decisão justa. Daí que encontramos grande afinidade entre esses entendimentos e a visão de certos sectores que apresentam o processo como fórmula de solução ritualizada de conflitos, como propõe o próprio Luhman no seu *Legitimation durch Verfahren*”.

Cite-se, como exemplo, a exigência de prazo razoável para a conclusão dos processos⁴⁰, a incidência da prescrição⁴¹, os efeitos da revelia⁴², a inimputabilidade dos menores de dezoito anos por falta de discernimento⁴³, dentre outras hipóteses previstas na lei processual brasileira que se colocam como possíveis objeções à obtenção ou aproximação da verdade⁴⁴.

A banalização dos recursos, sua utilização como instrumento meramente protelatório e a irrecorribilidade da coisa julgada⁴⁵ também evidenciam o distanciamento entre a verdade processual e a verdade dos fatos (Cunha, 2006, p. 597).

Isto é, as complexidades atinentes à obtenção da verdade nos processos judiciais permitem que o legislador estabeleça restrições procedimentais à investigação. Um processo judicial interminável, ou que se arraste por anos a fio na busca incansável pela verdade, representará a negação do direito de acesso à jurisdição. Justamente por isso, Marinoni e Arenhart (2004, p. 314) reconhecem as limitações da prova judicial, aduzindo que é impossível eternizar sua produção na busca de um utópico encontro da verdade, “[...] logrando-se, daí, maior efetividade ao processo”.

Amendoeira Jr. (2012, p. 509) também sugere que a verdade ou a certeza, como conceitos absolutos, não são atingíveis por intermédio do processo⁴⁶; no entanto é possível aproximar-se da certeza a partir de um grau de probabilidade. A certeza no âmbito do processo judicial, com efeito, é aquela possível de ser atingida⁴⁷.

⁴⁰ Neste sentido, o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição brasileira, que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴¹ O artigo 205 do Código Civil brasileiro assim determina: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

⁴² Estabelece o artigo 319 do Código de Processo Civil brasileiro: “Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

⁴³ Eis o artigo 27 do Código Penal brasileiro: “Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

⁴⁴ Ainda que os dispositivos citados ao longo do texto – nas notas acima – refiram-se à legislação brasileira, os institutos trazidos à baila são comuns ao direito processual em uma escala global: trânsito em julgado, prescrição, inimputabilidade de menores de idade, etc.

⁴⁵ Dinamarco (1998, p. 231) destaca que o trânsito em julgado não se preocupa “[...] em estabelecer se as premissas psicológicas das quais esse comando nasceu são premissas de verdade ou de mera verossimilhança”.

⁴⁶ A propósito, a verdade, tida como postulação de uma correspondência ideal e perfeita dos fatos ao mundo de inserção, não é uma consequência plausível, tampouco aferível, do processo de busca, conforme já restou anteriormente demonstrado, com fulcro no falsificacionismo e nas refutações de Popper (e seu modelo quadripartido). Nesse sentido, Michele Taruffo (2008, p. 26), que sustenta que em todo contexto do conhecimento científico e empírico, incluindo os processos judiciais, a verdade é apenas relativa. No melhor dos casos, a ideia geral de verdade se pode conceber como uma espécie de “ideal regulatório”, ou seja, como ponto de referencia teórico que deva ser seguido com o fito de orientar a perseguição do conhecimento na experiência real do mundo.

⁴⁷ Eugênio Pacelli de Oliveira (2003, p. 328) critica veementemente o reconhecimento do princípio da verdade real como um fim processual a ser buscado na instrução penal: “Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir

A situação não é diferente nos Estados Unidos. Ainda que a Suprema Corte - em *Tehan v. U.S* (1966) - tenha assentado que o objetivo primevo do processo judicial seja a determinação da verdade, as normas processuais estadunidenses (*Federal Rules of Evidence*) também admitem ficções processuais que, alfim, podem resultar no esgotamento do processo a despeito da obtenção da verdade⁴⁸.

Não obstante seja reconhecida a legitimidade das preditas limitações processuais à obtenção da verdade, que não se pode ignorá-la como norte a ser buscado, uma vez que a decisão judicial será mais justa na mesma proporção em que tenha se embasado em fatos comprovados ao longo da instrução probatória (Zaganelli, Lacerda, 2009, p. 144-145).

Significa dizer, em outras palavras, que direito e processo perseguem a verdade como propósito. No entanto, nas hipóteses em que a representação da verdade revelar-se inapta a orientar o julgamento, a lei possui instrumentos que legitimam a decisão, orientada pela verdade processual possível⁴⁹. São normas jurídicas indispensáveis ao bom andamento do processo, mas que dificultam (ou que podem dificultar) a obtenção do resultado processual justo⁵⁰ (Calheiros, 2008b, *passim*).

Logo, não há contrassenso em se exigir que os processos judiciais busquem a verdade, ainda que essa verdade resuma-se a uma redução de incertezas até o limite metodologicamente possível. Percorrer os caminhos da verdade, com efeito, é essencial à atividade jurisdicional.

praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. O aludido princípio, batizado como da *verdade real* tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. (...) Dissemos autorizava, no passado, por entender que desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, o impedem”.

⁴⁸ “According to the U.S. Supreme Court, «The basic purpose of a trial is the determination of truth» (*Tehan v. U.S. ex. rel. Shott*, 1966, p. 416). Although much of the American public would likely agree with this normative sentiment, many of the rules and procedures associated with legal trials actually impede the truth-seeking process. Probative evidence is withheld from juries. Judges restrict the purpose for which juries may use evidence. Witnesses are admonished to answer questions narrowly even when an expanded answer would provide greater clarity or insight. In criminal cases, the proof standards are such that juries often acquit defendants even when the evidence persuades them that they are guilty. In civil cases, juries often return verdicts that violate elementary principles of probability. These legal rules and practices reflect values and policies that were deliberately built into the trial process. Laudable though some of those values and policies may be, they generally make it more difficult for factfinders to produce accurate verdicts” (Koehler, Meixner, 2013, p. 2).

⁴⁹ O contraditório, representado pelo legítimo enfrentamento processual das versões apresentadas pelas partes, permite estabelecer o nível da argumentação dialética e, conseqüentemente, da construção dessa *verdade possível* (Arenhart, 2005, p. 108).

⁵⁰ Maria Clara Calheiros (2008a, *passim*) explica que o direito despreocupado com a verdade não se ocupa com a justiça; perde sentido falar-se em processo justo ou decisão justa. Abdicar da verdade como objetivo do processo, mesmo reconhecendo-se a existência de fatos fáceis de estabelecer e de provas com elevado grau de fiabilidade, representa uma intolerável relativização.

Por isso, as funções (ou feições) hodiernas do poder judiciário, que funciona como uma teia política que perpassa a supremacia constitucional e os direitos fundamentais, não admitem o desprezo pela verdade. A teoria da decisão judicial, além da complexidade dos dias atuais, deve enfrentar a busca pela verdade, ainda que inconclusiva, ainda que conjectural⁵¹.

⁵¹ Citando Taruffo, Maria Clara Calheiros (2008a, p. 75) destaca que a verdade “[...] caracterizar-se-ia como relativa (como de resto seriam também as verdades extra-processuais), ordenada a tornar possível (condição necessária, se bem que não suficiente) um processo visto como meio de obter uma decisão justa, legal e não arbitrária, e realizável na prática, segundo as concretas regras de produção de provas existentes em cada ordenamento”.

3. A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E AS CONTRIBUIÇÕES DE DWORKIN E POPPER PARA A APROXIMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL EM DIREÇÃO À VERDADE

3.1. A teoria da decisão judicial contemporânea: o ativismo judicial e a discricionariedade do intérprete em tempos de neoconstitucionalismo

Para além do paradigma positivista, o sistema de normas jurídicas passou a agregar regras e princípios. Por força do reconhecimento normativo destes últimos, fortemente representados no bojo das cartas políticas, uma nova ideia de Constituição surgiu fundada na premissa da interação entre normas, fatos e intérprete (Barroso, 2010, p. 301).

Se antes o intérprete encontrava respaldo na discricionariedade para apresentar soluções aos chamados casos difíceis (*hard cases*)⁵²; atualmente há suporte dos princípios para orientação dessas decisões. É possível afirmar, portanto, que talvez o maior impacto do reconhecimento da força normativa dos princípios e da própria Constituição⁵³ resida nas intensas mudanças na teoria da decisão judicial, que passa a ser permeada pelo incremento político do papel desempenhado pelo poder judiciário⁵⁴.

⁵² “Tanto para Dworkin quanto para Alexy – que, certamente, são os autores que mais representativamente se debruçaram sobre o problema do conceito de princípio – existe uma diferença entre a regra (que, evidentemente, também é norma) e os princípios. Só para lembrar: cada um dos autores (Dworkin e Alexy) construirá sua posição sob pressupostos metodológicos diferentes que os levarão, no mais das vezes, a identificar pontos distintos para realizar essa diferenciação. No caso de Alexy, sua distinção será estrutural, de natureza semântica; ao passo que Dworkin realiza uma distinção de natureza mais fenomenológica. De todo modo, tanto as posições de Dworkin quanto as de Alexy concordam que um dos fatores a diferenciar os princípios das regras diz respeito ao fato de que sua não-incidência (ou aplicação) em um determinado caso concreto não exclui a possibilidade de sua aplicação em outro, cujo contexto fático-existencial seja diferente daquele que originou seu afastamento. As regras, por outro lado, se afastadas de um caso, devem, necessariamente, ser afastadas de todos os outros futuros; exigência decorrente de um PRINCÍPIO, que é a igualdade de tratamento. Isso mesmo: a igualdade, que não é uma regra e, sim, um princípio)” (Streck, 2011a).

⁵³ O debate em torno da força normativa da Constituição e dos princípios que a permeiam deve tributo a Konrad Hesse (2009, p. 128-129): “A Constituição não configura [...] apenas uma expressão de um ser mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não e pode definir como fundamental nem apura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.”

⁵⁴ Alguns autores chegam a afirmar que a jurisdição “[...] é uma atividade que se destina à formação e composição de uma sociedade livre, justa e solidária, onde está garantido o desenvolvimento social nacional, com a pobreza e a marginalização erradicados e reduzidas as desigualdades sociais e regionais, com a promoção

Tal imersão na política é marcada pelo ativismo judicial e redonda na judicialização da política, fenômeno que ganhou força no Brasil após a Constituição de 1988, mas que permeia a atuação do judiciário norte-americano há mais de um século (Streck, 2011b, p. 51).

O ativismo judicial enfrenta, no entanto, uma marcante indefinição terminológica. Não há conceituação unânime, tampouco uma estruturação doutrinária que permita defini-lo de modo uníssono⁵⁵. Suzanna Sherry (2013, *passim*) concorda com as indefinições em torno do assunto e alerta que o debate em torno do ativismo tem se tornado mais ideológico e menos técnico.

Exemplificando o problema, a professora da *Vanderbilt Law School* explica que os conservadores norte-americanos tendem a apontar o precedente *Roe vs Wade*⁵⁶ como um exemplo de julgamento ativista. De outro lado – ainda segundo Sherry – juristas liberais afirmam que o precedente *Citizens United v FCC*⁵⁷ representaria uma típica decisão ativista. Observado sob tal perspectiva, o ativismo judicial possuiria apenas um sentido pejorativo, que penderia de acordo com a corrente ideológica de seus críticos (2013, p.7).

Tais disputas ideológicas e indefinições conceituais podem “[...] tornar a expressão inútil, por super abrangente, ou, ainda pior, em transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes” (Branco, 2011, p. 388).

do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Paula, 2002, p. 87).

⁵⁵ É interessante notar que nos países de tradição românico-germânica (*civil law*), o ativismo judicial possui tons mais brandos do que nos países de tradição *common law*. É que nestes últimos, a atuação do poder judiciário é fundada nos precedentes, dotados de normatividade incomum nos países românicos. Ou seja, pensar o judiciário como legislador é insito ao *common law*, daí o desafio em definir o que é e o que não é uma decisão ativista. Neste sentido, Elival Ramos (2010, p. 107): “Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porem dentro dos limites do juridicamente permitido. Com efeito, existe na família originária do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e do legislador no que tange à produção de normas jurídicas”.

⁵⁶ Precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, de 1973, que reconheceu o direito ao aborto até o 3º mês de gestação, com fundamento no princípio da privacidade, em sua vertente *right to be let alone*.

⁵⁷ Precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, de 2010, que reconheceu o direito de corporações e sindicatos de fazer contribuições ilimitadas a comitês de ação política, desde que estes não coordenem suas ações com partidos ou candidatos, excluindo o estado federado de Montana. Ainda que tenha chamado mais a atenção por diversos outros motivos, a racionalidade empregada na decisão foi notadamente política: objetivou permitir que setores da política estadunidense pudessem explorar, ilimitadamente, a mídia televisiva durante as eleições de 2010 (Teixeira, 2012, p. 46-47).

Buscando um conceito que agregue os demais, Sherry (2013, p. 4) sugere o ativismo judicial estaria presente em todas as decisões do poder judiciário que interfiram em atos ou disposições de outros poderes, legislativo ou executivo, federal ou estadual. Tal definição reconhece o aspecto contramajoritário dessas decisões como o núcleo constitutivo e elemento distintivo do ativismo judicial⁵⁸.

Logo, considerando o ativismo como resultado fenomenológico da constitucionalização do direito e da decorrente força normativa dos princípios, é possível afirmar que sua característica mais inequívoca refere-se ao exercício de um antes atípico poder político pelo judiciário, como forma de garantir a efetividade de direitos fundamentais e a supremacia da Constituição.

E é justamente este neófito poder político que legitima o juiz-intérprete a desconstruir, contramajoritariamente, decisões ou atos de outros poderes, o que acaba por corroborar as conclusões de Sherry⁵⁹.

⁵⁸ Para Luís Roberto Barroso (2009a, p. 8), a "[...] justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. *Constitucionalismo* significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já *democracia* significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes".

⁵⁹ A concepção de que a Constituição, o constitucionalismo moderno e os direitos fundamentais são forças contramajoritárias deve tributo a Reis Novais (1996, p. 287): "É que, se a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo em face do Estado, é um "trunfo" nas mãos do indivíduo (Dworkin), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e da auto-determinação - que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e cada um dos direitos fundamentais - decorre o poder de o titular de dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente na conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria". No Brasil, merece destaque a interessante lição de Eduardo Cambi (2009, p. 95): "Sendo tais direitos fundamentais trunfos contra a maioria, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. A jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão, ter-se-ia que negar a ideia de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais". No mesmo sentido, Lênio Streck (2011b, p. 74): "A Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias". Finalmente, o Supremo Tribunal Federal (STF), em Despacho do Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário 477554, publicado em 02/08/2011: "Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por

Não se trata de apontar o ativismo como um fenômeno negativo ou positivo, mas vislumbrá-lo sob a perspectiva histórica da transição do positivismo jurídico em direção às normas principiológicas, que valorizam a atuação do intérprete.

No âmbito do presente trabalho, importa reconhecer o ativismo como um fenômeno que afeta a teoria da decisão judicial e expande o poder político do intérprete, “[...] deslocando o polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação” (Streck, 2011b, p. 59).

O incremento dos reflexos políticos na jurisdição implica intensos debates acerca desse novel papel dos magistrados, seus impactos e as perplexidades a ele associadas, especialmente nos países de tradição romano-germânica.

Afinal, o exercício de poderes políticos resulta, como consequência, na prerrogativa de elaborar decisões que tenham cunho normativo, com efeitos que se expandam para além das partes do processo e atinjam as políticas estatais. O desempenho dessa atividade legislativa e política, ainda que residual, causa assombro pela suposta falta de legitimidade dos titulares das togas: não foram eleitos para tal incumbência; não integram o poder legislativo.⁶⁰

Ademais, não existem parâmetros ou limites ao poder hermenêutico dos juízes, que devem julgar conflitos dotados de notável complexidade sociológica, econômica, científica e cultural sem que tenham - na maior parte dos casos - uma formação que os permita *conhecer* e *perceber* as matizes fáticas da querela em jogo.

efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional”.

⁶⁰ Sobre este ponto, Barroso (2009a, p. 8) esclarece que “[o]s membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária* (cf. Alexander Bickel)”. Para o autor, no entanto, a própria Constituição brasileira autorizaria essa ação contramajoritária: “Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais [...]”.

O reconhecimento da força normativa dos princípios e da constitucionalização do direito, portanto, não pode ser considerado como um amplo espaço para a tomada de decisões embasadas em percepções pessoais ou na discricionariedade do juiz intérprete, tão criticada pelos pós-positivistas. Muito menos permite ao julgador afastar-se da racionalidade ínsita ao juízo de fato (ou da instrução probatória).

O desvirtuamento – ou a ausência de parâmetros – no exercício do ativismo judicial pode dar espaço a um indesejável desprestígio das leis (regras) em favor de princípios que se amoldam às percepções pessoais do julgador. A atividade hermenêutica esvazia-se e a intervenção do poder judiciário nas políticas de Estado pode tornar-se arbitrária e, por conseguinte, desprovida de baldrame constitucional.

No Brasil, o papel político do judiciário – e as inseguranças daí decorrentes – tem aumentado a cada dia. As políticas públicas de saúde têm sido moldadas a partir de decisões judiciais que, invariavelmente, determinam ao sistema público de saúde o pagamento e a disponibilização de medicamentos de alto custo, a despeito da falta de evidências científicas sobre segurança e eficácia daqueles insumos⁶¹. O judiciário habitualmente intervém, ainda, em políticas de educação⁶², energéticas⁶³, indigenistas⁶⁴ e em decisões administrativas do Parlamento⁶⁵.

⁶¹ No Recurso Extraordinário 393175, o Supremo Tribunal Federal (STF) assim decidiu: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, ‘caput’ e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”. Na Apelação Cível 994.08.150681-9, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim decidiu: [...] No mais, não colhe o argumento de que o medicamento não é padronizado. Somente ao profissional médico cumpre o dever de prescrever a medicação ao paciente, sendo de sua exclusiva responsabilidade os resultados da prescrição, excluindo-se qualquer interferência. Por esta razão não colhe a argumentação da decisão de que os medicamentos solicitados, neste caso, não seriam a melhor indicação para sua saúde, por tratar-se de ingerência inadmissível do Poder Judiciário no âmbito da medicina. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo tem entendido que o Estado não pode se negar a fornecer o medicamento em tal circunstância. A Fazenda do Estado não trouxe qualquer demonstração aos autos de que o remédio não esteja aprovado, significando que pode ser incluído em receituário médico, presumindo-se que no caso em tela, seja a melhor indicação para o tratamento do autor. E não que se falar em substituição por outros similares ou genéricos, tendo em vista que não há a completa certeza de que referida substituição, seria completa havendo bioequivalência entre o medicamento prescrito e o que similar ou genérico”.

⁶² Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do ARE 639337/SP: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). [...] Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório,

O modelo ativista que grassa no Brasil, ao privilegiar o ativismo como espaço libertário do juiz, representa um desvio às proposições de origem e à própria historicidade dos movimentos que alçaram as cartas políticas ao núcleo do sistema jurídico-político, uma vez que agride a discricionariedade dos positivistas tão somente para substituí-la pela arbitrariedade que, devidamente disfarçada, encontra estofamento em uma fictícia técnica de ponderação de princípios⁶⁶.

Paulo Ferreira da Cunha (2011), tratando do assunto, criou a metáfora do *juiz Zorro*, que com sua “capa” e suas percepções pessoais de justiça, resolveria com enorme facilidade os conflitos causados pela judicialização da política. Sabe-se que esse juiz, no entanto, age ao arrepio da autorização constitucional e de acordo com suas percepções muito pessoais de justiça.

A toda evidência, as perplexidades aqui relatadas não decorrem do hodierno e complexo papel institucional atribuído ao juiz-intérprete, que dá azo à intervenção do direito na sociedade e na política⁶⁷.

O problema, com efeito, não é o ativismo judicial, tampouco a judicialização da política, mas a falta de critérios para sua efetivação. Os reptos a serem superados decorrem da

vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.

⁶³ Dezenas de decisões de natureza liminar foram concedidas durante a licitação e início da execução das obras para a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará. Os fundamentos foram os mais diversos: danos ambientais e o princípio da precaução, prejuízo aos moradores ribeirinhos, prejuízo à fauna e flora, danos aos peixes ornamentais da região, prejuízos aos índios da região, dentre outros. Todas as decisões foram posteriormente revertidas pela Advocacia-Geral da União (AGU).

⁶⁴ O Supremo Tribunal Federal (Petição nº 3.388-RR) decidiu pela constitucionalidade do regime de demarcação de terras indígenas conduzido pelo governo federal no caso da reserva “Raposa Serra do Sol”.

⁶⁵ O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu liminar no Mandado de Segurança 31816 e determinou que a mesa diretora do Congresso Nacional se absteresse de examinar o veto presidencial ao Projeto de Lei 2.565/2011, que trata das novas regras de partilha de royalties e participações especiais devidos em virtude da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

⁶⁶ Segundo Streck, “[...]a tese da «continuidade» trata de forma equivocada o problema do *non liquet*, ao colocar o dever de pronunciamento judicial como uma «autorização para o juiz decidir como melhor lhe aprouver» [...]. Como contraponto, proponho a «tese da descontinuidade» [...], pela qual se entende que os princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no direito, na medida em que, a partir da revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta [...]. [E]m Dworkin, a normatividade assumida pelos princípios possibilita um «fechamento interpretativo» próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais” (2011b, p. 57). “[O] neoconstitucionalismo representa apenas a superação do positivismo primitivo. [A]o invés de representar uma solução para o problema da decisão, propicia ainda um maior protagonismo judicial” (2011b, p. 65).

⁶⁷ Habermas (1997, p. 185), em sentido contrário, critica qualquer papel político do Poder Judiciário. Para o filósofo alemão, o procedimentalismo, como teoria constitucional, “[...] resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, partindo da premissa, segundo a qual o modelo jurídico liberal e o do Estado social interpretam a realização do direito de modo demasiado concretista, ocultando a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso”.

equivocada concepção de que os princípios funcionam como livre espaço de conformação de supostas liberdades hermenêuticas⁶⁸.

O processo hermenêutico, portanto, deve ser conduzido a partir de “filtros ontológicos” do juiz-intérprete, que trazem à sociedade um direito fenomenológico e concreto, apto a garantir a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais, valorizando a verdade e desprezando arbitrariedades.

Saltam aos olhos os paradoxos trazidos pela transição histórica em direção ao neoconstitucionalismo e ao pós-positivismo. O desafio do poder judiciário envolve todo o Estado e exige uma teoria da decisão judicial que garanta a supremacia da constituição, que proteja e dê efetividade aos direitos fundamentais, que valorize a verdade (senão a busca pela verdade) e que seja despida de arbitrariedades.

3.2. O direito como integridade: revisitando Dworkin

Os desafios do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo não passam, exclusivamente, pela crítica à politização do poder judiciário e ao ativismo judicial. O realce político do juiz-intérprete, isoladamente, não se revela como um desequilíbrio entre os poderes de Estado. O que não se admite é que essa superposição seja enviesada por “argumentos exotéricos” ou “invencionismos hermenêuticos”⁶⁹ (Oliveira, 2013).

⁶⁸ Suzanna Sherry (2013, p. 4) observa que: “Judicial activism, as so defined, is still subject to two different sorts of critiques. First, we can still argue about whether any particular invalidation, or any particular interpretation of the Constitution, is correct. But that requires us to delve into substance rather than simply resorting to name-calling: The problem is not the “activism” but rather the decision itself. The disputes are thus about the correctness of the court’s decision, not – as is the case with charges of “activism” – about its legitimacy”.

⁶⁹ Ao analisar uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, Rafael Tomaz de Oliveira (2013) identificou o que chamou de invencionismo hermenêutico. Segundo ele, “[...] se observássemos os votos dos ministros que ficaram vencidos no julgamento do agravo interposto contra a decisão liminar proferida pelo ministro Luiz Fux (que determinava ao Congresso a imposição de uma ordem cronológica para a análise dos vetos), poderíamos perceber algo que se vem tornando recorrente nas decisões da corte – principalmente nas decisões que envolvem a relação interinstitucional entre os três poderes – e que podemos nomear como *invencionismo hermenêutico*: na falta de elementos interpretativos que tenham como referência o texto constitucional, os ministros saem à cata de “indícios” ou hipóteses interpretativas que são construídas a partir de um arbitrário processo indutivo-dedutivo”. Para Kaufmann (2013), “[o] que se discute [...] é o efeito da lógica da “onipotência judicial” em matérias politicamente delicadas que envolvem a relação entre poderes. A primazia do Judiciário não é assegurada sem o desprestígio do Legislativo e das Casas e pensar dessa forma reafirma o modelo equivocado de que o Congresso é jurisdicionado do Supremo Tribunal Federal e que, portanto, o julgamento de tais questões envolve algum tipo de “revelação” interpretativa da Constituição que somente os ministros [...] teriam condições de alcançar. Em realidade, Supremo e Congresso estão muito próximos na forma como analisam problemas e questões dessa envergadura, especialmente nessa esfera de ascendência política”.

O problema, com efeito, centra-se em obter respostas jurisdicionais que garantam a supremacia constitucional, a proteção aos direitos fundamentais, a valorização da verdade e a eliminação de arbitrariedades no âmbito das decisões judiciais ativistas.

Ronald Dworkin oferece uma teoria da decisão judicial que soluciona, *em parte*, o problema da falta de controle das decisões judiciais e do desprestígio da verdade. O direito como integridade, ao reconhecer a indispensável integração entre sociedade e intérprete, em uma relação plurissubjetiva, dá um passo inicial em direção à valorização da verdade e ao estabelecimento de limites de conteúdo às decisões judiciais⁷⁰.

A compreensão do direito como integridade passa pela crítica de Dworkin à discricionariedade propugnada pelos positivistas, sua visão sobre o sistema normativo (que agrega regras e princípios) e suas metáforas do juiz Hércules e do romance em cadeia.

O primeiro estágio para que seja revisitada a teoria do direito como integridade é o delineamento da dualidade normativa proposta por Dworkin. O professor de Oxford reconhece um sistema dual, em que coexistem regras e princípios. Ressalta que “[...] alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos o direito inclui, pelo menos, tanto princípios como regras”⁷¹ (2010a, p. 39).

Apesar de serem deontológicos, regras e princípios “[...] distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve

⁷⁰ Para Dworkin (2007, p. 164), “[...] o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como [integridade] supõe que as pessoas têm direitos a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la”. E ainda (2007, p. 229): “[s]e as pessoas aceitam que são governadas não por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito”.

⁷¹ É importante destacar que, apesar do texto mencionar o sistema jurídico norte-americano, não há dúvidas de que a noção normativa binomial regras/princípios é correntemente adotada em praticamente todos os Estados de direito.

ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (Dworkin, 2010a, p. 39).

As regras podem ser funcionalmente importantes ou não, de modo que uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel mais relevante na regulação do comportamento. Se há o conflito entre regras, uma delas deixa de ser válida, aplicando-se ao caso o sistema de resolução de antinomias (Dworkin, 2010a, p. 43).

Outra característica ínsita às regras – sempre na lição de Dworkin – é que sua estrutura admite a descrição de exceções “[...] que podem ser arroladas e o quanto mais forem, mais completo será o enunciado da regra” (2010a, p. 40).

Os princípios, por outro lado, não são dotados de implementação resolutive automática. Ao contrário, possuem uma dimensão de peso (ou de importância), de modo que uma eventual colisão será solucionada a partir da força relativa de cada um⁷². Faz sentido questionar, no âmbito do caso concreto, qual a importância ou o peso dos princípios sujeitos à decisão judicial (Dworkin, 2010a, p. 42).

Os princípios, ainda, revelariam uma clara relação entre direito e moral, essencial na resolução dos casos difíceis (*hard cases*)⁷³. Para Dworkin, podem ser classificadas como casos difíceis aquelas demandas judiciais nas quais não é trivial identificar as regras aptas a solucionar a controvérsia posta sob a tutela jurisdicional. Nestas hipóteses, o juiz identifica uma *zona penumbra* no sistema de regras (2010b, p. 25).

⁷² Assim, “[...] quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se põe aos princípios da liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma força particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não tem essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento” (Dworkin, 2010a, p. 42-43).

⁷³ Segundo Dworkin (2007, p. 31), “[...] a moral tem um papel a desempenhar em dois pontos distintos da teoria jurídica: no estágio teórico, quando se atribui valor à prática jurídica; e no estágio da decisão judicial, quando os juízes são instados a fazer a justiça [...] Mas as duas inserções da moral são distintas. [...] [E]m minha opinião, o valor da integridade que deveríamos atribuir à prática da justiça atravessa o estágio doutrinário e chega até o estágio da decisão judicial porque, argumento, a integridade exige que os juízes considerem a moral em alguns casos [...], tanto para decidirem o que é o direito quanto sobre o modo de honrarem suas responsabilidades de juízes. [A] diferença não se encontra entre teorias que incluem e teorias que excluem a moral, mas entre teorias que a introduzem em estágios distintos de análise, com consequências diferentes para o juízo político final com que vai se consumir uma teoria jurídica completa”.

Sob a perspectiva positivista, tais conflitos seriam solucionados por intermédio de uma discricionariedade forte⁷⁴ do juiz. Dworkin não admite tal discricionariedade, que redundaria na criação de novas regras e permitiria múltiplas respostas igualmente corretas para os casos difíceis, em uma audaciosa (e indefensável) liberdade de escolha de significados normativos⁷⁵ (Branco, 2009, p. 148). A decisão judicial “[...] é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão” (Dworkin, 2010a, p. 127).

A originalidade das decisões judiciais - que criam novos direitos – é nociva sob diversos outros ângulos: i. o governo deve ser limitado pela responsabilidade de seus ocupantes, representantes da maioria; e ii. ao criar um direito novo, o juiz pune a parte sucumbente, uma vez que o aplica de forma retroativa (Pedron, 2009, *passim*).

As objeções dworkianas ganham cores ainda mais fortes nas hipóteses em que as decisões judiciais encontram fundamentos em argumentos de política. Isto porque, conforme assevera Pedron (2009, p. 46-47), tais decisões devem ser geridas mediante um processo que considere todos os interesses difusos e antagônicos envolvidos, o que nem sempre é possível no âmbito da jurisdição.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 147) ressalta que a distinção entre regras e princípios proposta por Dworkin revela uma crítica ao positivismo e ao utilitarismo,

⁷⁴ Dworkin (2010a, p. 109) atribui três sentidos à discricionariedade: No primeiro, um homem teria poder discricionário nas hipóteses em que seu dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de modos diferentes. “Um sargento, por exemplo, terá o poder discricionário quando receber uma ordem de escolher os cinco homens mais experientes para fazer uma patrulha”. O segundo sentido refere-se a uma decisão definitiva, desprovida de possibilidade de revisão por qualquer outra autoridade, “[...] é o caso, por exemplo, que cabe ao árbitro de linha decidir se um jogador está impedido de jogar ou não”. O terceiro sentido, na compreensão de Dworkin, compreende a discricionariedade que se revela na situação em que um conjunto de padrões, que apesar de impor deveres, não impõe o dever de tomar decisões específicas. “[É] o que acontece quando uma cláusula de um contrato de locação concede ao locatário o poder de discricionário de optar ou não pela renovação do contrato” [...] “Um juiz pode ter o poder discricionário tanto no primeiro sentido como no segundo e não obstante isso considerar, com razão, que sua decisão coloca a questão de qual é o seu dever enquanto juiz, questão que ele deve decidir refletindo sobre o que dele exigem as diferentes considerações que ele acredita serem pertinentes a essa matéria. Se assim for, esse juiz não tem o poder discricionário no terceiro sentido, aquele que um positivista precisa provar para mostrar que o dever judicial é definido exclusivamente por uma regra social de última instância ou por um conjunto de regras sociais”. O terceiro sentido é a chamada discricionariedade forte.

⁷⁵ “Os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação” (Dworkin, 2010a, p. 49-50). No entanto, “[...] mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda, assim, ter o direito a ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente” (Dworkin, 2010a, p. 127).

justamente por resistir à discricionariedade forte da decisão judicial, ponto-chave para a tese da existência de uma resposta correta para cada desafio jurídico.

Dessa forma, Dworkin defende existir - sempre - uma solução para os casos difíceis que dispensa a discricionariedade e que é preexistente à atividade interpretativa. Esse entendimento vem assentado na premissa de que, mesmo nos casos difíceis, incumbe ao juiz a prospecção dos direitos que assistem as partes, não admitida a hipótese de inventá-los para aplicação retroativa (2010a, p. 127). A discricionariedade forte é integralmente extirpada do direito, que nunca seria incompleto quando tido como integridade. Os princípios, considerados em sua totalidade (a que Dworkin chama de comunidade de princípios), com sua carga moral, proveriam a resposta correta, encontrada em situação ideal de discurso (Branco, 2009, p. 148).

Em favor da teoria da resposta correta – e em contraponto à discricionariedade forte – Dworkin sugere que os direitos decorreriam de fatos históricos e da moral⁷⁶. O intérprete é colocado diante de uma história institucional que não representa uma restrição externa, mas um componente da decisão (Pedron, 2009, p. 47). A decisão judicial, com efeito, passa a considerar os precedentes, a textura principiológica do direito, a tradição, a história e as necessidades da comunidade como elementos imprescindíveis à sua orientação. O juiz-intérprete sempre estará envolto em algo maior e prévio, que o vincula ao mundo prático e que engloba todas as variantes comunitárias e sociais envolvidas na persecução da resposta a ser dada para a solução do caso concreto⁷⁷ (Hoffman et al., 2011, *passim*).

Para Dworkin (2007, p. 272), o direito como integridade instrui juízes a identificar direitos e deveres a partir do pressuposto de que todos foram criados por um único autor (comunidade personificada), evidenciando uma percepção coerente de equidade e justiça.

⁷⁶ Conforme destaca Dworkin (2007, p. 254), “[...] as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, [equanimidade] e [devido] processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis”.

⁷⁷ Sobre o tema, a advertência de Hoffman et al. (2011, p. 85): “Neste caminho, o intérprete sempre estará envolto em algo maior, em algo que existe desde-já-sempre funcionando como um vínculo entre ele –intérprete– e o mundo prático. Magistrado, caso concreto, direito e, todas as variantes operadas na busca pela resposta fazem parte de um mundo circundante que participa sempre da formação do sentido pretendido pela singularidade do caso”.

Com amparo em tal perspectiva, as proposições jurídicas são verdadeiras quando constam ou são derivadas da justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem a mais adequada interpretação construtiva da práxis jurídica de determinada comunidade⁷⁸. O direito como integridade revela-se, com efeito, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo; é tanto o produto da interpretação quanto sua fonte de inspiração (Dworkin, 2007, p. 272-273).

Dmitruk (2007, p. 151) observa que "[...] o princípio da integridade não admite que uma comunidade personificada aplique direitos diferentes, que não podem ser definidos como um conjunto coerente com os princípios de justiça, equidade e devido processo legal. [...] É possível entender o princípio da integridade na reivindicação de fraternidade, na Revolução Francesa, ou a partir de seu nome mais comum, comunidade".

Duas metáforas de Dworkin ilustram os meios de implementação do direito como integridade: o romance em cadeia (2007, p. 62 e 275) e o juiz Hércules (2007, p. 287; 2010a, p. 165).

O romance em cadeia supõe um exercício literário no qual um grupo de romancistas escreve uma obra em conjunto, um após o outro, capítulo por capítulo⁷⁹. Cada um deles, exceto o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, em uma perspectiva da história como presente, passado e futuro (Dworkin, 2007, p. 275).

Assim, o direito como integridade começa no presente e somente mira o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o exija. Não pretende recuperar toda e qualquer ideia ou objetivo dos primeiros, mas justificar o que fizeram em uma história "[...] que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado" (Dworkin, 2010b, p. 274).

⁷⁸ "O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda" (Dworkin, 2007, p. 274).

⁷⁹ Dworkin (2007, p. 275) explica o romance em cadeia: "Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade".

Este amplo papel histórico-institucional, que serve de amálgama social plurissubjetiva e principiológica, incumbe ao juiz Hércules⁸⁰.

Nos casos difíceis, Hércules deve considerar todos os princípios comunitários que, *a priori*, podem inserir-se no caso em julgamento. Com disposição e paciência inesgotáveis, apreciará o caso em todas as suas repercussões fáticas e jurídicas, revelando a única resposta correta subjacente à controvérsia (Branco, 2009, p. 149).

Hércules não escolhe, em momento algum, “[...] entre suas próprias convicções políticas e aqueles que considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da sociedade pressupõem. Ele deve, por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daquelas que distinguimos, uma forma que é inevitável em algum nível” (Dworkin, 2010a, p. 197-198).

Sob essa perspectiva, os princípios são vivenciados no âmbito da comunidade, entrelaçando e perpassando as perspectivas pessoais e coletivas (por isso, plurissubjetivas), produzindo o liame e a unidade necessários à formação social. Justamente por isso, tais princípios são normativos e integram, indissociavelmente, as cartas políticas dos países democráticos (Streck, 2011b, p. 57).

As metáforas de Hércules e dos romancistas em cadeia inserem-se na conformação de uma comunidade de princípios, agregada sob o manto do direito como integridade, tendo sua estrutura moldada por um alicerce axiológico que rege a respectiva sociedade⁸¹.

Logo, tanto o magistrado como a sociedade - compreendida pela totalidade de seus membros - , serão conduzidos sob a perspectiva de uma “[...] moral política substantiva, bem como a um argumento com pretensões de ser o correto” (Pedron, 2004, p. 46).

O que se denomina por direito é um produto coletivo e social, com intensos liames culturais e históricos, em constante construção e reconstrução. A comunidade de princípios

⁸⁰ Dworkin descreve Hércules como “[...] um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade” (2007, p. 287).

⁸¹ Vale recordar que, para Dworkin (2007, p. 254), as pessoas que integram uma comunidade política genuína concordam que seus destinos e seus laços são governados por princípios comuns, e não apenas por regras decorrentes de um acordo político, evidentemente limitado conforme a história já evidenciou diversas vezes. Veja-se, neste sentido, o fracasso de países ou comunidades fundados apenas na vontade política vigente no momento de sua criação: União Soviética, Iugoslávia, Tcheco-eslováquia, dentre outros.

leva em conta que as relações humanas pressupõem-se como relações sociais, devendo-se compreender essa associação principalmente em seu aspecto político-jurídico (Pedron, 2009, p. 49-50).

No enlace dessas percepções de responsabilidade coletiva (de Hércules), de atemporalidade (do juiz romancista) e de princípios comuns, surge o direito como integridade, a partir do qual emerge a resposta constitucional e principiologicamente correta para a solução das controvérsias que demandem atuação jurisdicional⁸².

3.3. Decisões judiciais, políticas públicas e a proteção aos direitos fundamentais: as limitações da teoria da resposta correta dworkiana e as premissas fáticas como condição para a busca da verdade

Como visto, para Suzanna Sherry (2013, p. 4) a decisão judicial ativista seria aquela que afasta decisões ou atos administrativos de outros poderes de Estado, por intermédio de decisões francamente contramajoritárias⁸³.

Agindo dessa forma, o juiz-intérprete influencia, modula ou mesmo altera políticas públicas. Considerando-se que tais políticas são orientadas à proteção, garantia ou efetividade dos direitos fundamentais, a intervenção do judiciário é feita - ao menos em tese - em favor de posições ou interesses dos cidadãos jurisdicionados colocados em risco ante uma opção estatal omissa, incompleta ou inapta a salvaguardar tais direitos.

Em outras palavras, o envolvimento dos tribunais nas políticas públicas visa, como regra, proteger os interesses fundados em direitos fundamentais possivelmente lesionados ou colocados em risco de lesão⁸⁴.

⁸² “A normatividade assumida pelos princípios possibilita um «fechamento interpretativo» próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma orientação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ele retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nessa perspectiva, são *vivenciados* («faticizados») por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. *É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade*. Por isso, os princípios são deontológicos” (Streck, 2011b, p. 57).

⁸³ Sobre o caráter contramajoritário da Constituição e dos direitos fundamentais, v. nota 59.

⁸⁴ Neste sentido, Luis Roberto Barroso (2009b): “A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar - e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma

Nestas circunstâncias não existem, materialmente, partes vitoriosas ou sucumbentes, mas tão somente a realização (ou não) de um direito fundamental pleiteado, uma vez que não se admite um Estado Democrático de Direito que negue ou subverta direitos fundamentais. É natural concluir, portanto, que a justiciabilidade dos direitos fundamentais, mediante intervenções em políticas públicas, exige do Estado-juiz uma *resposta correta* e não apenas uma *resposta jurisdicional*, fundada nas percepções pessoais do juiz.

Afinal, aqui não há meros interesses contrapostos ou pretensões resistidas, mas um direito fundamental que exige a devida delimitação no caso concreto.

O ativismo judicial, que reorienta políticas públicas calcadas em direitos fundamentais, faz surgir em favor das partes, como poder-dever do Estado-juiz, o direito a uma resposta mais próxima da verdade, tida como condição indispensável ao exercício da atividade política pelo judiciário.

Mas que resposta seria essa?

Já foi realçado, em outro momento, que a novel atuação política do judiciário exige uma teoria da decisão judicial que garanta: 1. a supremacia da constituição (SC); 2. que proteja e dê efetividade aos os direitos fundamentais (EDF); 3. que seja despida de qualquer arbitrariedade decisionista (ARB); e 4. que valorize a verdade (VV)

Deste modo – e a princípio - a melhor resposta possível (MRP) adviria da seguinte equação:

$$\text{MRP} = \text{SC} + \text{EDF} (-\text{ARB}) + \text{VV}$$

matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela”. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira evidencia a amplitude do direito fundamental acesso à justiça vigente em território brasileiro: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A judicialização das políticas públicas atrai para o juiz-intérprete a quadra de responsabilidades elencadas na equação. O princípio da integridade, conforme proposto por Dworkin, dá suporte à equação acima proposta, uma vez que agrega a supremacia constitucional e os direitos fundamentais à verdade, afastando arbitrariedades (ou até mesmo o exercício da discricionariedade forte pelos juízes)⁸⁵.

No entanto, é preciso ir além de Dworkin. Ainda que a resposta judicial seja produzida sob as premissas da integridade, sob a égide da comunidade de princípios, considerando-se todos os elementos históricos, culturais, econômicos e coletivos potencialmente envolvidos, **seu resultado será falho caso as opções judiciais forem tomadas a partir de premissas fáticas falsas**. Ou seja, a integridade do direito deve ser reavaliada a partir do prisma dos fatos e da complexidade estrutural da sociedade hodierna⁸⁶.

Os fatos (ou as premissas fáticas) guardam relevância porque, contemporaneamente, são mais complexos, multidisciplinares, de diferentes origens e fundamentos. E, principalmente, porque precedem o juízo de direito do qual cuidará Hércules, imerso em sua comunidade de princípios e no direito como integridade.

Uma premissa fática falsa induzirá ponderações enviesadas e resultará na negação, subversão ou mitigação do direito fundamental discutido, gerando uma decisão igualmente falsa e, conseqüentemente, distante da verdade e arbitrária. É a nulificação da equação da resposta correta acima reproduzida. É a negação da própria supremacia constitucional.

Logo, previamente à identificação, no âmbito do sistema normativo, das regras ou princípios aplicáveis ao caso, o intérprete deve lançar os olhos sobre as premissas fáticas que dão baldrame aos direitos em jogo (Souza Neto, 2005, p. 218).

⁸⁵ Recorde-se que, ainda que exista uma pluralidade de verdades, seu papel é essencial enquanto elemento constitutivo da base principiológica dos Estados constitucionais (Häberle, 2008, p. 123).

⁸⁶ Neste ponto, a interessante conexão entre constitucionalismo e complexidade proposta por Stefanelo (2008, p. 210), ainda que em perspectiva diferente daquela proposta neste trabalho: “O constitucionalismo implica o reconhecimento de que os problemas sociais não são resolvidos com texto; muito pelo contrário, os diplomas legais apenas incrementam a complexidade. O Direito Constitucional e a Filosofia Política são complementares, deixando à evidência que constitucionalismo se faz com processos contínuos de aprendizagem. Não há uma mágica capaz de livrar o ser humano de suas imperfeições e limitações. Daí a necessidade de se aprender com os processos, com as experiências anteriores”.

A adequada valoração das premissas de fato é, portanto, indispensável à proteção dos direitos fundamentais judicializados⁸⁷. O equívoco no juízo de fato elimina a possibilidade de obtenção da resposta correta. Não se admite que Hércules, inserto em uma comunidade plurissubjetiva, integrada histórica e socialmente, não dê relevo aos fatos que, alfim, darão suporte à sua decisão comunitária e integrativa.

É certo, no entanto, que a valorização da verdade, por intermédio da adequada valoração das premissas fáticas que medeiam o caso concreto, converte-se em desafio ínsito à complexidade da sociedade moderna, tornando-se repto ainda maior nas hipóteses de intervenção judicial em políticas de Estado⁸⁸.

Afinal, políticas públicas afloram como decorrência de processos multifacetados que levam em consideração diversos interesses antagônicos (Pedron, 2009, *passim*) e elementos técnicos, científicos, econômicos e orçamentários (todos metajurídicos). Ao influenciar tais políticas, deve o juiz-intérprete considerar todos esses aspectos, que formam o substrato fático que orientou a tomada de decisão que se pretende desconstituir (ou moldar, reduzir ou ampliar) judicialmente.

Manzi (2012) alerta, no entanto, que o pós-positivismo induziu o juiz-intérprete ao uso de catálogos de respostas pré-definidas (trata-se do caso “X” que versa sobre o tema “Y”, para o qual a resposta será sempre “Z”), ignorando peculiaridades ao caso concreto que poderiam alterar substancialmente o roteiro decisional arbitrariamente modelado⁸⁹.

⁸⁷ Em processo judicial no qual se ponderava a colisão entre o princípio da segurança jurídica (representado pela “coisa julgada”) e o “direito fundamental à filiação”, a partir do surgimento e popularização dos exames de DNA, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou (RE 363.889, publicado em 16/12/2010): “Em ambos os casos, portanto, o dispositivo da decisão, pela improcedência ou procedência do pedido, se funda na aplicação de regras formais à atividade do julgador, e não na verdade real, com a conclusão da sentença decorrendo apenas do fato da omissão ou da insuficiência da atividade probatória das partes – no primeiro caso, o autor não reuniu as provas, ao passo que, no segundo, será o réu quem não terá colaborado com a prova. Todas essas fragilidades, que comprometem em alguma medida a confiabilidade das premissas empíricas da perspectiva de promoção do direito à filiação no presente raciocínio ponderativo (Nota 49), conduzem à impossibilidade de que o princípio da segurança jurídica seja comprometido de forma absoluta em prol da cognominada busca pela verdade real no processo civil. [...] Eis a Nota 49 do acórdão acima: “Como já dito, a confiabilidade das premissas de fato para a promoção dos direitos fundamentais em conflito é um importante elemento da técnica da ponderação [...]”.

⁸⁸ Afinal, “[...] as decisões políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração” (Dworkin, 2010a, p. 133).

⁸⁹ Para Manzi (2012), “[n]ão há nada mais abominável do que a certeza fundada no erro ou a cegueira voluntária que, para resguardar a confiança na correção dos julgamentos, não cede nem diante do óbvio. Por isso é que, mesmo diante da indicação escancarada da disparidade (entre o caso e o modelo), é provável que eventual embargo declaratório também obtenha decisão estandarizada de rejeição (as estatísticas demonstram ser ínfima a

Tais catálogos pré-moldados são encontrados corriqueiramente nas decisões ativistas que afetam as políticas de saúde no Brasil. O modelo *tupiniquim* é bastante simplório: o direito fundamental à saúde é tido como decorrência do direito à vida e, por conseguinte, autoriza o livre acesso a medicamentos e insumos médicos, a despeito da presença ou não de evidências científicas que assegurem a eficácia e a segurança desses produtos.

Fundado em uma premissa fática equivocada, o juiz-intérprete acredita estar garantindo um determinado direito fundamental quando, na verdade, corre o risco de subvertê-lo ou mitigá-lo. Eis um exemplo bastante elucidativo: na Apelação Cível 994.08.150681-9, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou, com amparo no modelo jurisprudencial reiteradamente adotado no Brasil, a entrega do medicamento Vioxx ao autor do processo judicial⁹⁰. A droga, no entanto, já havia sido retirada do mercado por suspeitas de ter provocado milhares de mortes por danos ao coração dos pacientes usuários (Bäck et al., 2012, *passim*).

No exemplo acima, a decisão ativista ignorou premissas fáticas indispensáveis ao julgamento do caso. Com isso, subverteu o direito fundamental à saúde - colocando em risco a vida do jurisdicionado -, esvaziou a supremacia constitucional e, pela soma dos desvios, revelou-se arbitrária.

3.4. A decisão judicial ativista sob a perspectiva de Popper: o mundo 3 e o falsificacionismo como complementos à teoria dworkiana

Ainda que Dworkin e Popper tenham voltado suas investigações para diferentes áreas do conhecimento humano (o primeiro era titular da cadeira de *Jurisprudence*⁹¹ em Oxford e o

possibilidade de sucesso dos embargos declaratórios). Não são poucas as vozes que consideram essa prática preferível, seja pela celeridade, seja em nome de uma «segurança jurídica» posta como um bem maior e mais concreto do que a própria justiça (considerada abstração inatingível), ao contrário dos números e prazos, que falam por si só. A chance de uma decisão amoldada perfeitamente ao caso concreto assim, depende de sua singularidade e especificidade; o que puder ser enquadrado, mesmo que com algum «esforço» corre o risco de obter uma decisão divorciada do caso concreto e suas peculiaridades”.

⁹⁰ Neste sentido, v. nota 61, que destacou excerto relevante da referida decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

⁹¹ Segundo André Rufino do Vale (2013), Dworkin “[...] tornou-se professor de Direito da Universidade de Yale, na qual, em 1968, assumiu a cátedra de Teoria do Direito (*Chair of Jurisprudence*) Wesley N. Hohfeld, onde permaneceu até ser nomeado, no ano de 1969 e em substituição a ninguém menos do que Herbert Hart, para a Cátedra de Teoria do Direito em Oxford. Em 1975, Dworkin também assumiu a titularidade do cargo de professor de Direito da Universidade de Nova York, onde passou a lecionar anualmente durante os períodos de

segundo um filósofo da ciência⁹²), não se pode negar que o contributo de ambos, em parte de suas respectivas teorias (do direito e da ciência), pode comunicar-se de modo sinérgico, permitindo um lançar de olhos interdisciplinar e apto a agregar maior segurança às teorias da decisão judicial, hoje envoltas na transição metodológica induzida pelo neoconstitucionalismo e pela complexidade social, econômica, política e tecnológica ínsita à modernidade.

Neste trabalho propõe-se que o liame capaz de unir o princípio da integridade de Dworkin à verdade, dando-lhe respaldo racionalista (e fático), é a teoria dos três mundos e o falsificacionismo de Karl Popper. Deste modo, é possível repensar as diversas críticas feitas à teoria da única resposta correta⁹³, reposicionando-a com fulcro nas ideias popperianas.

A maior parte das objeções feitas à aludida teoria dworkiana refere-se à indeterminação acerca do conteúdo dessa resposta; ou quais seriam os critérios que permitiriam distinguir entre a única resposta correta e todas as demais. Também chama a atenção a ausência de uma perspectiva racional na determinação dos fatos do processo.

Isto é, ainda que o exercício hermenêutico de Hércules seja plurissubjetivo e integrado ao seio social, ele não é precedido por um juízo de fato que permita afirmar, objetivamente, que a decisão aproximou-se, tanto quanto possível, da verdade fática. O próprio Dworkin parece, mais tarde, ter claudicado na defesa de sua teoria da única resposta correta⁹⁴.

outono. A partir de 1984, tornou-se professor visitante no University College de Londres. Além disso, ocupou diversos cargos acadêmicos nas Universidades de Harvard, Cornell e Princeton. Após sua aposentadoria na universidade de Oxford, em 1998, tornou-se professor da cadeira Quain de Teoria do Direito na Universidade de Londres e, em sequência, da cadeira Bentham de Teoria do Direito. Nos últimos tempos, Dworkin ocupava a cadeira de professor emérito de Teoria do Direito da Universidade de Londres e também a cátedra Frank Henry Sommer de Teoria do Direito da Universidade de Nova York. Além disso, era membro da Academia Britânica e da Academia Americana de Artes e Ciências”.

⁹² Sobre Popper, Valdecila Cruz Lima (2010, p. 1-2) esclarece: “Foi professor em escolas secundárias entre 1930 e 1936. Com a ascensão do nazismo morou na Nova Zelândia e na Inglaterra, sendo este último o país em que viveu a maior parte de sua vida, radicado como professor na *London School of Economics* desde 1949. Popper tornou-se teórico da ciência, crítico do conhecimento, filósofo da política (título que ele não se orgulhava). Devido a sua personalidade carregada de irritabilidade e falta de temperança todas as suas obras demoraram a ser publicadas. Aposentou-se da vida acadêmica em 1969, porém permaneceu ativo intelectualmente até o ano da sua morte em 1994”.

⁹³ Brian Leiter (2004, p. 13) resume parte delas: “Dworkin claims that there exists a right answer as a matter of law in all (or almost all) cases. The thesis, as everyone knows, strikes law students and lawyers as extravagantly strange, but the question is what philosophical problems afflict it? Here is one: since the right answer as a matter of law for Dworkin turns explicitly on moral considerations, it was objected, most famously by John Mackie in the late 1970s, that if there are not objectively right answers to moral questions, there can not be objectively right answers to legal questions. Dworkin’s response has been to deny the relevance, even the intelligibility, of two thousand years of metaethical theorizing about the objectivity of morality, from Plato to Stevenson to Mackie to Railton”.

⁹⁴ Neste sentido, v. nota 110 adiante.

Como solução ao desafio, o alinhamento da teoria da decisão judicial de Dworkin à epistemologia científica de Popper revela uma clara aptidão em reduzir as dúvidas em torno dos critérios metodológicos de busca pela verdade.

A partir deste prisma é possível afirmar que **não há - nem nunca haverá - uma única resposta correta, conforme sugere Dworkin**. Há, no entanto, respostas mais corretas (ou menos falsas), que advirão de uma delimitação racional e objetiva das provas, no âmbito do juízo de fato. Tais premissas fáticas darão alicerce ao juízo de direito, que se delineará, então, sob a égide do direito como integridade.

3.4.1. A teoria dos três mundos de Popper

Para Karl Popper (2010, p. 57-58), a realidade é construída em três mundos ou universos que interagem a partir de ações humanas⁹⁵: o mundo 1 refere-se à matéria e ao mundo físico dos objetos, o mundo 2 é composto pela consciência humana, pelos subjetivismos do pensamento individual e pelas percepções pessoais ou estados mentais⁹⁶ e, finalmente, o mundo 3 é habitado pelos “[...] conteúdos objetivos do pensamento, em especial dos pensamentos científicos e poéticos e das obras de arte”⁹⁷. Não há interação direta entre os mundos 1 e 3, que se comunicam tão somente por intermédio da mediação do mundo 2.

O mundo 3 corresponde a um repositório do conhecimento e das produções do espírito humano, em constante expansão e mutação⁹⁸ (Mairinque, Silva, 2003, p 13). É autônomo, ainda que um produto natural do ser humano e apesar de exercer um intenso efeito de

⁹⁵ Rodrigues e Lamy (2012, p. 227) exemplificam, de modo bastante elucidativo, as relações entre os 3 mundos de Popper: “Há objetos, como as obras de arte e as construções que pertencem tanto ao mundo 1 quanto ao mundo 3; e há objetos como livros, cujo elemento material pertence ao mundo 1, mas cujo conteúdo pertence ao mundo 3. Popper acredita que nossa humanidade se encontra enraizada na existência do mundo 3, que pode apenas ser entendida em sua relação com um mundo 3 objetivo e com ideia de verdade objetiva”.

⁹⁶ “Enquanto o conhecimento no sentido do «eu sei» pertence ao que chamo de Mundo 2, o mundo dos *sujeitos*, o conhecimento científico pertence ao Mundo 3, o mundo das teorias objetivas, problemas objetivos e argumentos objetivos” (Popper, 2010, p. 59).

⁹⁷ Aqui também ingressam os sistemas teóricos, os problemas e as situações problemáticas, os argumentos críticos e os conteúdos de periódicos, livros e bibliotecas.

⁹⁸ Conforme são ampliadas as hipóteses e teorias, falseadas ou corroboradas, amplia-se o conhecimento do Mundo 3, seja sob a perspectiva da qualidade (teorias antes tidas por verdadeiras são refutadas), seja sob o prisma da quantidade (novas teorias e hipóteses emergem todos os dias).

retroalimentação sobre os homens⁹⁹, considerados como habitantes dos outros dois mundos (Popper, 2010, p. 62).

No mundo 3 surgem e renovam-se afirmações, argumentos e problemas que evoluem em direção à verdade possível. O conhecimento objetivo, com efeito, é aquele exposto à crítica intersubjetiva, passível de refutações e corroborações (Rodrigues, Lamy, 2012, p. 229).

Neste mundo, novos problemas levam a novas criações ou construções, revendo e acrescentando novos objetos ao seu conteúdo. O mundo 3 não reconhece verdades absolutas, uma vez que contempla conhecimento objetivo, que por sua natureza conjectural está em permanente mudança e evolução¹⁰⁰.

Ressalte-se, no entanto, que a teoria dos três mundos não é isenta de críticas. A mais comum delas aduz que Popper teria apenas sistematizado ou categorizado uma teoria anterior, que orienta as investigações filosóficas desde Platão. A defesa de Popper, no entanto, assenta-se na natureza humana de seus mundos, não havendo - como em Platão - espaço para conceitos puros e indubitáveis¹⁰¹, mas tão somente para argumentos e teorias passíveis de discussão e mudanças.

⁹⁹ As teorias humanas – tidas como conhecimento objetivo que integra o mundo 3 – assemelham-se a uma mutação externa ao corpo, exossomática. Uma vez que é externa ao indivíduo, não integra a individualidade, mas à espécie humana como um todo (Rodrigues, Lamy, 2012, p. 228).

¹⁰⁰ O conhecimento científico também é albergado pelo âmbito do mundo 3, destacando-se das percepções pessoais e subjetivas do cientista, que integram o mundo 2 e podem enviesar o produto da investigação, invalidando-a como teoria ou hipótese objetiva. Neste sentido, as observações de Popper (2010, p. 59): “[...] a epistemologia tradicional tem estudado o conhecimento ou o pensamento em um sentido subjetivo – no sentido do uso comum das expressões «eu sei» ou «eu estou pensando». Isso levou os estudiosos da epistemologia a irrelevantes: pretendiam estudar o conhecimento científico, mas, na verdade, estudaram algo que não tem relevância para esse conhecimento. Pois o *conhecimento científico* não é um saber no sentido do uso comum das palavras «eu sei». Enquanto o conhecimento no sentido de «eu sei» pertence ao que chamo de Mundo 2, o mundo dos *sujeitos*, o conhecimento científico pertence ao Mundo 3, o mundo das teorias objetivas, problemas objetivos e argumentos objetivos. [...] Minha tese envolve a existência de dois significados diferentes para as palavras conhecimento ou pensamento: (1) *conhecimento ou pensamento em sentido subjetivo*, que consiste em um estado mental ou de consciência, ou em uma predisposição para um comportamento ou reação, e (2) *conhecimento ou pensamento em sentido objetivo*, que consiste em problemas, teorias e argumentos como tais. Nesse sentido objetivo, o conhecimento independe da pretensão de saber, de qualquer pessoa; independe também da crença de qualquer um, ou da predisposição a assentir, afirmar ou agir. O conhecimento objetivo é um *conhecimento sem conhecedor*: é um *conhecimento sem um sujeito cognoscente*”.

¹⁰¹ “Enquanto que os mundos de Platão possuem um aspecto superior, com o sentido metafísico e transcendente, no sentido próprio da palavra, os mundos popperianos possuem um caráter voltado para a consciência humana, ou seja, para a sua mente. Em outras palavras, a teoria dos mundos de Popper é internalista, como de fato é toda sua filosofia” (Mairinque, Silva, 2003, p. 12).

Em Popper, os problemas não estão resolvidos ou pré-definidos¹⁰², mas sujeitam-se a transformações, refutações e novas descobertas. O terceiro mundo é totalmente humano, criado para o seu próprio uso, ao passo que Platão representa “[...] uma esfera intermediária entre o homem e a esfera em que se localizam as ideias puras [...], não é algo puramente do homem, enquanto ser presente neste mundo” (Mairinque, Silva, 2003, p. 16).

Afastando-se definitivamente do filósofo grego, Popper (2010, p. 73) esclarece que, “[d]e Platão até hoje, a maioria dos filósofos foi nominalista ou, como denominei, essencialista. Eles estão mais interessados no significado (essencial) das palavras do que na verdade ou falsidade das teorias”. De acordo com Popper, trata-se do principal erro de Platão¹⁰³.

Da teoria dos três mundos é possível delimitar, portanto, as balizas que separam o conhecimento objetivo do conhecimento subjetivo¹⁰⁴, essenciais no que toca à busca pela verdade.

3.4.2. O falsificacionismo

Considerando as teorias da verdade e da aproximação à verdade, Popper traz à lume o embate entre a linha de pensamento filosófico que chama de verificacionista e os falsificacionistas, entre os quais se inclui.

Os verificacionistas buscam a defesa do racionalismo, contra a superstição e contra a autoridade arbitrária. Uma teoria somente seria aceitável caso pudesse ser justificada por provas positivas; isto é, caso seja provada ou, no mínimo, sumamente provável (probabilisticamente confirmada) (Popper, 2010, p. 186).

Para Popper (2010, p. 186), no entanto, não é possível fornecer razões positivas que assegurem que uma teoria é verdadeira. O conhecimento é conjectural. A racionalidade científica não reside na busca de evidências empíricas que confirmem teorias, mas na

¹⁰² É premissa do pensamento popperiano a inexistência de problemas plenamente resolvidos. Essa premissa é explicada, de modo bastante elucidativo, pelo esquema denominado por quadripartido, que será analisado adiante. Popper ressalta, ainda, que novos problemas não são criados deliberadamente, eles emergem autonomamente, independente de qualquer ato de vontade (2010, p. 69).

¹⁰³ Vem a calhar a literatura de Saramago (2000, p. 26), que enfrentou, ainda que soslaio, o tema: “[S]aberíamos muito mais das complexidades da vida se nos aplicássemos a estudar com afinco as suas contradições em vez de perdermos tango tempo com as identidades e as coerências, que essas têm a obrigação de explicar-se por si mesmas”.

¹⁰⁴ Popper (2010, p. 61) sustenta que a epistemologia tradicional, com sua concentração no Mundo 2 – e no saber subjetivo – é irrelevante para estudar o conhecimento científico.

abordagem crítica de testes voltados a refutar hipóteses. A ciência, portanto, não se relaciona com a certeza (ou com a verdade), mas com a crítica e a testabilidade das teorias ou hipóteses investigadas, sempre em busca de erros que permitam um aprendizado, concebendo melhores teorias que serão novamente testadas e criticadas na busca por outros desvios, vieses ou erros.

Logo, os cientistas não deveriam perseguir a confirmação de hipóteses, aglomerando instâncias positivas. Ao contrário, deveriam tentar falsear suas teorias na busca por contraexemplos. Ou seja, o falsificacionismo persegue a refutação de hipóteses, o que inevitavelmente acontece (até que a ciência esteja “completa” – um estado não sujeito a aferição), em um processo possivelmente interminável.

Teorias e hipóteses testadas e ainda não falseadas, com redução gradual das margens de incerteza a cada verificação, ainda assim não correspondem à verdade. São hipóteses corroboradas, mas não verdadeiras (Rosenberg, 2009, p. 157-58). Estão mais próximas da verdade por serem provavelmente menos falsas e, por isso, consubstanciam-se na melhor opção de escolha até que sejam falsificadas e substituídas por novas hipóteses.

Para que a falseabilidade possa ser aplicada como critério de demarcação científica e metodológica, é preciso que se tenha em mãos enunciados singulares que possam servir como premissas das inferências falseadoras (Popper, 1980, *passim*). Há, portanto, um distanciamento do empirismo verificacionista, fundado no método indutivo¹⁰⁵, e uma aproximação definitiva da refutação (ou falseamento) como elemento distintivo de uma metodologia verdadeiramente empírica¹⁰⁶. Logo, qualquer hipótese ou teoria que pretenda ter dignidade científica deve ser passível de refutação.

¹⁰⁵ O falsificacionismo questiona a validade científica da indução: seguidas confirmações não tornam uma hipótese verdadeira, ainda que a tornem potencialmente menos falsa do que hipóteses testadas e afastadas. Daí o clássico exemplo: ainda que todos os cisnes observados ao longo de muito tempo sejam brancos, não há justificativa para que se conclua que *todos* os cisnes são brancos; um único cisne negro falsificaria a indução proposta. Eis a lição de Popper (1980, p. 27): “Es corriente llamar «inductiva» a una inferencia cuando pasa de enunciados singulares (llamados, a veces, enunciados «particulares»), tales como descripciones de los resultados de observaciones o experimentos, a enunciados universales, tales como hipótesis o teorías. Ahora bien, desde un punto de vista lógico dista mucho de ser obvio que estemos justificados al inferir enunciados universales partiendo de enunciados singulares, por elevado que sea su número; pues cualquier conclusión que saquemos de este modo corre siempre el riesgo de resultar un día falsa: así, cualquiera que sea el número de ejemplares de cisnes blancos que hayamos observado, no está justificada la conclusión de que todos los cisnes sean blancos”.

¹⁰⁶ Popper (1980, p. 81) explica que “[s]e llama «empírica» o «falsable» a una teoría cuando divide de modo inequívoco la clase de todos los posibles enunciados básicos en las dos subclases no vacías siguientes: primero, la clase de todos los enunciados básicos con los que es incompatible (o, a los que excluye o prohíbe), que llamaremos la clase de los posibles falsadores de la teoría; y, en segundo lugar, la clase de los enunciados básicos con los que no está en contradicción (o, que «permite»). Podemos expresar esta definición de una forma más breve diciendo que una teoría es falsable si la clase de sus posibles falsadores no es una clase vacía. Puede

Sob as luzes de Popper (1980, p. 41), o sistema/teoria investigado deve ser exposto à falsificação e testes de todas as maneiras possíveis imagináveis, em uma verdadeira luta pela sobrevivência na busca pela hipótese comparativamente mais apta.

Popper, portanto, não abdica da verdade; aproxima-se dela. A eliminação de teorias falsas leva ao crescimento do conhecimento humano – do conhecimento em sentido objetivo de que trata o mundo 3.

O falsificacionismo torna as hipóteses mais verossímeis e, com isso, possibilita a aproximação à verdade (Popper, 2010, p. 75). Uma hipótese menos refutada (ou não refutada), ainda que não compatível com a noção de verdade absoluta, é melhor opção que outra hipótese ou teoria seguidamente falseada: uma teoria potencialmente menos falsa aproxima-se mais da verdade do que uma teoria testada e reiteradamente refutada¹⁰⁷.

3.4.3. Dworkin e Popper como possíveis complementos interdisciplinares

Conforme já foi dito, Popper sugere que a busca pela verdade consiste em um constante processo de eliminação de erros, por intermédio de uma crítica consciente: “[A]firmei muitas vezes que preferimos a teoria t_2 , que foi aprovada em muitos testes, à teoria t_1 , que fracassou nesses testes, pois uma teoria certamente falsa é pior do que outra que, até onde sabemos, pode ser verdadeira. Podemos acrescentar: mesmo depois de t_2 ter sido refutada, ainda poderemos dizer que ela é melhor que t_1 , pois, apesar da demonstração de que ambas eram falsas, o fato de t_2 ter resistido a testes nos quais t_1 fracassou pode ser uma boa indicação de que o teor de falsidade de t_1 ultrapassa o de t_2 , ao passo que o seu teor de verdade não o faz. Ainda podemos dar preferência a t_2 , mesmo depois de sua refutação, pois temos razões para crer que ela se coaduna melhor com os fatos do que t_1 ” (2010, p. 194).

añadirse, tal vez, que una teoría hace afirmaciones únicamente acerca de sus posibles falsadores (afirma su falsedad); acerca de los enunciados básicos «permitidos» no dice nada: en particular, no dice que sean verdaderos”.

¹⁰⁷ “[A] ideia de verossimilhança é muito importante nos casos em que sabemos que trabalhamos com teorias que são, *quando muito*, aproximações – isto é, teorias que sabemos que não podem ser verdadeiras (o que ocorre com frequência nas ciências sociais). Nesses casos, podemos falar de aproximações melhores ou piores da verdade (por conseguinte, não precisamos interpretar esses casos em um sentido instrumentalista)” (Popper, 2010, p. 194-195).

A essência do falsificacionismo pode ser resumida pelo esquema quadripartido:

$$P_1 \rightarrow TT \rightarrow EE \rightarrow P_2$$

Parte-se do problema P_1 , passando para soluções ou teorias provisórias TT , que podem estar erradas no todo ou em parte e que, de qualquer forma, serão submetidas a testes, refutações e eliminação de erros – EE – gerando novos problemas P_2 e assim por diante.

As contradições (ou erros) devem ser buscadas e eliminadas, criando novas dificuldades reveladas pelo novo problema (P_2)¹⁰⁸. A delimitação dos erros conduz ao aumento do conhecimento objetivo (mundo 3) e da verossimilhança, o que leva à aproximação da verdade, ainda que conjectural.

É possível sustentar, com efeito, que o esquema quadripartido é apto a complementar a teoria da resposta correta de Dworkin talvez em seu ponto mais frágil: **a ausência de descrição dos meios para a delimitação das premissas de fato, indispensáveis à busca pela verdade**¹⁰⁹.

A melhor resposta possível (MRP) será perscrutada sob a ótica da integridade do direito e objetivará a preservação da supremacia da Constituição (SC), a efetividade dos direitos fundamentais (EDF) e a valorização da verdade (VV), afastando-se decisões arbitrárias (ARB) que desconsiderem tais elementos.

Note-se que a supremacia da ordem constitucional (SC) e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais (EDF) dependem da bem sucedida delimitação das premissas de fato (DPF), investigadas no âmbito do conhecimento objetivo (mundo 3) e sob a égide do falsificacionismo. Assim, a equação proposta anteriormente ganha um complemento que agrega luz à persecução da melhor resposta possível, aproximando-a dos fatos e da verdade conjectural.

¹⁰⁸ Que dará ensejo a $P_3, P_4, P_5 \dots P_n$.

¹⁰⁹ A aproximação entre as teorias de Popper e Dworkin, no entanto, não tem sido objeto de investigação no âmbito da ciência jurídica. A doutrina habitualmente trabalha a noção da verdade como um fenômeno essencialmente jurídico-processual ou então sob a forma de resultado emergente de um processo comunicacional.

Logo,

$$\text{MRP} = \text{SC} + \text{EDF} (-\text{ARB}) + \text{VV}$$

sendo que,

$$\text{VV} = \text{DPF} = [P_1 \rightarrow \text{TT} \rightarrow \text{EE} \rightarrow P_2 \rightarrow (...) \text{TT}_n \rightarrow \text{EE}_n \rightarrow P_n] \text{Mundo}^3$$

Uma vez que o problema P_1 em regra conduz a um problema P_2 , cujas teorias ou hipóteses de solução podem menos falsas ou mais verossímeis que aqueles aplicadas à P_1 , é correto afirmar que a teoria da decisão judicial hodierna deve ajustar-se à busca pela melhor resposta possível como alternativa à criticada única resposta correta.

É perfeitamente compatível com a complexidade social contemporânea (e com o falsificacionismo de Popper) que surjam $P_3, P_4, (...) P_n$, bem como suas respectivas hipóteses, testadas e refutadas, o que reforça a natureza conjectural da verdade e a expansão da teoria dworkiana, **ora transmutada em melhor resposta jurisdicional possível**¹¹⁰.

É possível afirmar, com efeito, que teoria de Dworkin, ao negar a discricionariedade forte dos positivistas, a encontra respaldo em Popper, que refuta e considera irrelevante a epistemologia subjetivista. A discricionariedade forte, além das objeções dworkianas, é

¹¹⁰ George Marmelstein Lima (2009) sugere que Dworkin teria flexibilizado a tese da única resposta correta, ao afirmar que “[...] nos casos difíceis, há respostas melhores do que outras. E as melhores respostas são corretas nesse sentido. Então, entre várias soluções rivais, seria possível estabelecer qual a resposta mais correta, ainda que não exista um procedimento algorítmico de decisão que estabeleça com exatidão e certeza qual é essa resposta”. O trecho do pensamento dworkiano a que Marmelstein Lima faz referência é o seguinte: “Minha tese sobre as respostas corretas nos casos difíceis é, como afirmei, uma afirmação jurídica muito fraca e trivial. É uma afirmação feita no âmbito da prática jurídica, e não em algum nível filosófico supostamente infalível, externo [...] defendi, por exemplo, que um entendimento correto da Constituição dos Estados Unidos exigia que a Suprema Corte reformasse a decisão da Suprema Corte do Missouri no caso *Cruzan*. Quatro membros da Corte concordaram com essa conclusão. Cinco divergiram: eles achavam que os melhores argumentos disponíveis exigiam a resposta contrária [...]. Acabo de mencionar dez juristas diferentes, todos os quais pensavam (ou pelo menos diziam) que havia uma resposta correta no caso *Cruzan*, no que diz respeito a um julgamento legal comum. E, sem dúvida, muitos milhares de outros juristas pensavam a mesma coisa. Agora é a sua vez. Você já encontrou algum argumento comum que, depois de tudo considerado, seja o mais sensato em qualquer tipo de caso difícil? Então você também rejeitou a tese da inexistência de uma resposta correta, que considero como o alvo de minha própria argumentação” (Dworkin, 2009, p. 60-61). O que se propõe neste trabalho, para além da teoria de Dworkin, é que o provimento judicial em direção à melhor resposta jurisdicional possível tem início previamente ao juízo de direito, na aferição das premissas de fato (ou juízo de fato), a partir de uma perspectiva popperiana que priorize a verdade como condição para a obtenção da melhor resposta.

desprovida de legitimidade porque emerge, subjetivamente, do mundo 2: o juiz-intérprete, no silêncio penumbral das regras, não pode ancorar-se no “eu sei” para decidir conforme suas convicções íntimas e pessoais.

A melhor resposta jurisdicional possível agrega a verdade dos fatos e emerge do mundo 3 de Popper (é objetiva, portanto), o que não contradiz o princípio da integridade. Afinal, a vastidão histórica, social e artística permeia tanto o direito como integridade (na teoria de Dworkin) quanto o mundo 3 (na lição de Popper).

É no conhecimento objetivo que o juiz Hércules buscará sua resposta correta, não única – repise-se – mas a melhor possível. Neste processo de busca, deve ir além das considerações históricas e temporais, representadas pela metáfora do romance em cadeia, valorizando a verdade por intermédio da adequada delimitação das premissas de fato, cuja maior ou menor verossimilhança poderá ser aferida sob a égide do falsificacionismo.

Como já foi dito alhures, o processo judicial não tem por objetivo a demarcação da verdade, tampouco sua busca a qualquer custo. Há restrições processuais, fáticas e principiológicas que limitam essa busca. O falsificacionismo é compatível com essa perspectiva, ao reforçar que teorias e hipóteses são submetidas a uma epistemologia evolutiva voltada à perseguição e eliminação de erros que resulta, alfim, em uma aproximação da verdade (ou à verdade possível).

As respostas judiciais, portanto, devem ser desenvolvidas sob o prisma do direito como integridade e sua realidade intersubjetiva e atemporal. Na complexa sociedade contemporânea, isto exige que as opções do juiz-intérprete sejam concebidas com fulcro nos alicerces do conhecimento objetivo do mundo 3, excluindo as subjetividades e escolhas solipsistas no mundo 2. Na imersão no conhecimento objetivo, o intérprete deve valorizar a verdade, ao optar por teorias e hipóteses não refutadas ou menos falseadas, o que permite uma aproximação da melhor resposta jurisdicional possível.

Tal perspectiva carrega nas cores das responsabilidades do juiz-intérprete. Enquanto Dworkin trata de um juiz Hércules dotado de paciência e capacidade ilimitadas, apto a um intenso exercício de prospecção plurissubjetiva, histórica, cultural e principiológica em busca da resposta correta para solução dos casos difíceis, o que se propõe aqui é a soma do conhecimento objetivo e da verdade conjectural (base do falsificacionismo) à equação

dworkiana. Deste modo, o juiz Hércules deixa de ser, tão somente, um hermeneuta extremamente dedicado e um cidadão atento à comunidade de princípios na qual está inserto, e passa a agregar às suas atribuições a adequada valoração do método científico e sua epistemologia, capaz de orientá-lo em direção ao que é mais ou menos falso, mais ou menos verdadeiro.

3.4.4. A delimitação das premissas fáticas como condição para a obtenção da melhor resposta possível

Não se nega que o direito como integridade contempla a busca pela resposta correta e, nesse sentido, deve ser tido como teoria inaugural – mas não suficiente – aos tempos pós-positivistas e às decisões ativistas.

De fato, não é apenas pelo processo hermenêutico da integridade, que destaca a norma do texto por intermédio de um regime decisório arduamente descrito por Dworkin (e conduzido por Hércules), que a verdade encontrará o protagonismo indispensável no exercício da jurisdição¹¹¹.

Tratando-se de premissas fáticas a serem desvendadas – ou seja, de conhecimento metajurídico – não pode o intérprete ignorar o episteme e as metodologias ínsitas à aferição da realidade, em um mecanismo involuntário de redução dos fatos a um quase indiferente jurídico.

Sobre as premissas de fato, Vicente Greco Filho (1994, p. 174) relembra que o juiz “desenvolve um raciocínio silogístico. A premissa maior é a norma jurídica, norma geral de conduta; a premissa menor é a situação de fato concreta; a conclusão é a decisão de procedência ou improcedência do pedido. Se a interpretação do direito é a função da mais alta relevância no processo de efetivação da ordem jurídica, ela somente se torna possível mediante a análise de uma situação de fato [...]”.

No âmbito de qualquer Estado Democrático, uma boa decisão judicial somente será obtida por intermédio de uma decisão legítima (ou seja, apropriada e justa). E uma decisão

¹¹¹ Para Peter Häberle (2008, p. 142), a verdade integra a equidade e, justamente por isso, ocupa papel primordial no Estado constitucional.

legítima não será apenas aquela que interpreta adequadamente a norma aplicável ao caso concreto, mas aquela que aplica as normas adequadamente aos fatos debatidos no processo. Ou, em outras palavras: nenhuma decisão correta e justa emerge de fatos determinados erroneamente (Taruffo, 2008, p. 22-23)

Logo, os contornos da relação entre Dworkin e Popper se dão a partir do adequado descortinamento das premissas de fato sob a perspectiva da verdade conjectural, alcançando a melhor resposta factualmente possível.

Souza Neto (2005, p. 217), examinando o impacto e a relevância das premissas de fato para a tomada de decisão, cita como exemplo a proibição do consumo de *cannabis sativa* na Alemanha. A justificativa para a aludida vedação foram os riscos à saúde relacionados ao uso da droga. Tais riscos teriam sido delimitados por premissas fáticas e evidências empíricas. Questiona-se: qual a confiabilidade dessas premissas?

Premissas falsas levam a opções hermenêuticas equivocadas. No exemplo acima, caso as melhores evidências disponíveis (ou, no quadripartido de Popper, a hipótese ainda não falseada ou menos falseada) revelem que o consumo de *cannabis* não representa riscos inaceitáveis à saúde (ou, ao menos, que os riscos sejam comparáveis com drogas lícitas, por exemplo, tabaco ou álcool), não é compatível com o regime dos direitos fundamentais a proibição alemã, uma vez que sua baliza fundamental - o risco à saúde – foi afastada pelas evidências empíricas.

Existem diversos outros exemplos. A proibição de uso de telefones móveis ao volante (Souza Neto, 2005, p. 219), a obrigação de uso de cintos de segurança em veículos e a proibição de comercialização de antibióticos sem a respectiva receita médica são opções políticas que fundadas em premissas fáticas essenciais àquelas escolhas. Afinal, tem-se por certo que cintos de segurança reduzem os riscos de morte ou ferimentos, que telefones móveis no trânsito aumentam os acidentes e que o uso indiscriminado de antibióticos pode levar ao surgimento de bactérias resistentes, causando danos à saúde coletiva. São verdades conjecturais que, contudo, podem ser alteradas e levar à revisão das preditas opções.

Conforme já ressaltado por Sherry (2013, p. 4), tais escolhas políticas, conduzidas pelos poderes executivo e legislativo, podem ser alteradas e revistas por decisões judiciais ativistas. De tudo o que foi relatado, é possível afirmar que tais decisões judiciais somente serão

legítimas caso preocupem-se em garantir a melhor resposta possível, apta a afastar a política pública com fundamento na integridade do direito, qualificada pela busca indispensável da verdade dos fatos.

Reitere-se: decisões ativistas que escolhem este ou aquele princípio, substituindo-se às políticas públicas a despeito das evidências empíricas que fundamentaram a decisão afastada, aproximam-se da arbitrariedade, violando direitos fundamentais e negando a supremacia constitucional.

Ao contrário, a noção da verdade popperiana agregada à integridade dworkiana dá ao ativismo judicial o baldrame necessário para que escape ao estigma da arbitrariedade, aproximando-o legitimamente do poder político herdado em tempos de neoconstitucionalismo e pós-positivismo.

4. A INSTRUÇÃO E A VALORAÇÃO DAS PROVAS: MOMENTO PROCESSUAL SENSÍVEL À COMUNICAÇÃO ENTRE DWORKIN E POPPER

A discussão acerca da natureza, extensão e justificação do conhecimento sempre ocupou bastante espaço no pensamento filosófico. Neste sentido, o empirismo surgiu como fundamento para a tese de que todo o conhecimento é justificado pela experiência.

Tal epistemologia resultou, no século XX, no surgimento do *positivismo lógico*, sustentado nas proposições dos *empiristas lógicos* do chamado Círculo de Viena. Trata-se de uma filosofia da ciência que combina a matemática moderna com a epistemologia empirista, com alicerce nos métodos aplicados nas ciências naturais. O empirismo associado ao positivismo lógico foi representado como uma afirmação sobre o significado: o princípio da verificabilidade de que cada frase significativa sobre o mundo é aquela que pode ser verificada (ou testada) pela experiência (Rosenberg, 2009, p. 39).

Conforme já restou ressaltado ao longo deste trabalho, Popper foi além dos empiristas lógicos, afastando a indução e apresentando à epistemologia da ciência o falsificacionismo e sua teoria das refutações de hipóteses.

O tema é relevante porque o alcance, a compreensão e a assimilação do conhecimento são indispensáveis não só aos cientistas, mas também a uma teoria da decisão judicial que seja consentânea com a modernidade e com os desafios ínsitos a ela.

Ante a repercussão política que tem marcado a atuação do judiciário e a consequente expansão do ativismo judicial, as discussões que envolvem o conhecimento empírico e a distinção entre teorias e hipóteses verdadeiras e falsas tornaram-se indispensáveis à modulação de uma teoria da decisão judicial que contemple o exercício desse novel perfil político, voltado à garantia dos direitos fundamentais, à supremacia constitucional e a atenção à verdade como condição primordial de legitimidade (e de efetividade) na atuação do juiz-intérprete.

O agir político exige o acesso ao conhecimento, a cada dia mais complexo e permeado por riscos e inseguranças típicos da sociedade contemporânea. O ativismo judicial demanda que o intérprete a imerja no conteúdo probatório como meio para o adequado acesso às

premissas fáticas e às evidências empíricas que, ao final, irão funcionar como substrato para a melhor resposta jurisdicional possível.

O direito como integridade de Dworkin, qualificado pela verdade conjectural de Popper, requer que o intérprete, na delimitação das premissas fáticas, compreenda temas estranhos ao conhecimento do homem médio, mas indispensáveis ao julgamento de ações judiciais cujo objeto é, alfim, a efetividade de direitos fundamentais.

Logo, a adequada valoração das provas é um dos pilares do desafio que envolve a teoria de decisão judicial em tempos de ativismo judicial e de judicialização de políticas de Estado.

4.1. Da prova: conceitos, instrução e valoração

O ato de provar está presente em todas manifestações da vida humana. Daí que exista uma noção ordinária ou vulgar sobre a prova, ao lado de uma concepção técnica, que varia segundo a classe de atividade ou ciência envolvida no processo investigativo. É no seio das ciências e das atividades reconstrutivas, no entanto, que o conceito de prova adquire um sentido preciso e especial (Echandia, 1970, p. 9).

Na lição clássica de Mittermayer (1871, p. 93), “[o] complexo dos motivos produtores da certeza chama-se prova. [...] Nesta investigação da verdade o espírito humano pode comparar-se a uma balança, posta em movimento por circunstâncias exteriores, e por impressões, que o homem recebe do mundo externo”. Grego Filho (1994, p. 175-176) fala em prova como “[...] todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. No processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”, sua finalidade é “[...] o convencimento do juiz, que é o seu destinatário”. Para Wambier et al. (2008, p. 450), prova é o “[...] instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional”. Amendoeira Jr. (2012, p. 506) relembra que “[...] provar é formar a convicção do juiz sobre a existência ou não dos fatos relevantes ao processo”. Por outro lado, Dinamarco (2005, p. 43) enuncia a prova como “[...] um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade enquanto aos fatos relevantes para o julgamento”. Finalmente, Gascón Abellán (2003, p. 2) argumenta que o procedimento

probatório é o processo intelectual por intermédio do qual as partes buscam confirmar os enunciados assertivos sobre fatos tidos como relevantes para a decisão.

É cediço que entre os objetivos do processo judicial estão a realização do direito como satisfação de um interesse público do Estado e a justa composição dos litígios ou a solução do pedido do autor, nas hipóteses em que não existe litígio¹¹². Para cumprir esses fins, é preciso entrar em contato com a realidade do caso concreto, que desconhecida em suas características ou circunstâncias inviabiliza a aplicação da norma que a regula. Este indispensável contato com a realidade somente se obtém mediante a prova, único caminho para que o juiz conheça os fatos e adote a decisão adequada e justa para o caso concreto. A prova possui, portanto, além da função jurídica e processual, um fundamento social e extraprocessual: dar segurança às relações sociais e servir de garantia aos direitos subjetivos e aos diversos status jurídicos (Echandia, 1970, p. 14-15).

É possível defender, portanto, a existência de um direito subjetivo à prova, do qual decorreria o próprio direito de ação, o contraditório e a ampla defesa (Echandia, 1970, p. 34-35). No mesmo sentido, Dinamarco (2005, p. 47) associa o direito à prova à garantia do devido processo legal, alicerce do sistema processual contemporâneo: “[s]em sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do direito ao processo”.

Mais que uma visão estritamente processualista, que por vezes considera a prova como o meio processual utilizado para o convencimento do juiz, é correto reconhecer a instrução e a valoração probatória como o procedimento de interesse público que visa orientar a tomada de decisão em direção à verdade; ainda que uma verdade limitada e conjectural.

Logo, não se trata de, meramente, convencer o juiz, embora boa parte da doutrina assim sustente. A prova deve ser fundamento da verdade possível, cuja valoração sistêmica e racional orienta em direção à melhor resposta jurisdicional possível.

Com efeito, a instrução probatória deve ser ampla, permitindo às partes o espaço necessário à produção de meios úteis ao esclarecimento de premissas fáticas essenciais à tomada de decisão. Mais que aceder aos autos, as provas devem ser amplamente debatidas

¹¹² Nos procedimentos de jurisdição voluntária ou graciosa – em que não há litígio – a atuação do poder judiciário possui natureza administrativa. Isto é, o juiz atua como representante do Estado com o fito de garantir a eficácia de determinados atos de vontade, que por sua relevância exigem homologação (ou aperfeiçoamento) por ato judicial. São exemplos: os processos de adoção de menores, o divórcio consensual quando o casal possui filhos menores em comum, o inventário e o arrolamento de bens, dentre outros.

pelas partes e conhecidas pelo juiz, que as valorará racional e objetivamente, sob a premissa de que todo conhecimento humano é conjectural¹¹³.

Como ressalta Arbonés (2002, p. 197), qualquer meio probatório, em sua produção ou valoração, deve ajustar-se a um método específico que atenda três premissas básicas: idoneidade, eficácia e pertinência, com o fim de possibilitar a verificação dos fatos de interesse da lide.

A valoração e a persuasão racional do juízo não pode se afastar dessas premissas, sob pena de distanciamento da própria verdade, que será devidamente reconhecida e valorada nas hipóteses em que a instrução e a valoração da prova sejam conduzidas com fulcro nos axiomas descritos por Arbonés.

4.2. Da valoração racional da prova

Greco Filho (1994, p. 193) destaca a existência de três sistemas de valoração probatória aptos a orientar a decisão judicial: o da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal ou tarifada e o sistema da persuasão racional. No primeiro caso, a convicção é formada intimamente, em uma atividade solitária e intelectual do julgador (no Brasil, o sistema prevalece no conselho de sentença do tribunal do júri); no segundo sistema, as provas submetem-se a um regime de peso e valor previamente definidos em lei e, finalmente, no terceiro sistema o juiz mantém a liberdade de apreciação, no entanto deverá fundamentar e motivar racionalmente sua decisão, a despeito de qualquer dimensão de peso anteriormente definida em lei.

Não obstante a prevalência do último sistema nos países democráticos, são notáveis os problemas que têm emergido no âmbito da instrução e da valoração probatória, sempre por diversas e distintas razões: as supostas liberdades hermenêuticas advindas do neoconstitucionalismo, a crescente complexidade dos meios de prova contemporâneos e a perplexidade dos juristas – em especial dos juízes – em lidar com temas estranhos à sua formação humanista.

¹¹³ No caso, a verdade conjectural decorrente da teoria falsificacionista.

Trazendo à baila problemas ínsitos ao processo penal, Lênio Streck (2013, *passim*) sugere que a busca pela verdade real tem induzido os juízes à valoração da prova a partir de uma perspectiva íntima e pessoal, o que redundava em discricionariedades, arbitrariedades e inquisitorialidades incompatíveis com a democracia.

No mesmo sentido, Oliveira (1999, p. 53) realça que é muito difundida a tendência de se reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, o que torna a valoração misteriosa e indizível, alheia a controles e imperscrutável a qualquer investigação. A demanda por controle – ainda de acordo com Oliveira – decorre da adaptação do discurso judicial aos valores fundamentais da sociedade moderna, “[...] interessada de uma forma ou de outra em domesticar o poder”.

Ainda que superados os sistemas fundados na convicção íntima do juiz ou nas provas tarifadas, há que se repensar a valoração probatória em tempos de pós-positivismo e alta complexidade social (e, conseqüentemente, de ativismo judicial e judicialização da política). Por conseguinte, o atual papel do juiz-intérprete, também voltado à política, torna o juízo de fato tão – ou mais – relevante que o juízo de direito.

Cite-se, como exemplo, emblemática entrevista de um juiz do Estado de São Paulo, concedida a um jornal de grande circulação no Brasil, a respeito da judicialização das políticas de saúde: "Não sou médico nem devo sê-lo. Questiono o menos possível o pedido. Os tribunais geralmente confirmam essas decisões. A saúde pública é um problema crônico e o juiz acaba sendo um intermediário" (Bassete, 2011).

Trata-se um modelo que reina no ativismo judicial brasileiro¹¹⁴. Questiona-se: qual o modelo de valoração probatória utilizada pelo magistrado? Afasta-se, de pronto, a persuasão racional (“questiono o menos possível o pedido”). Tampouco há uma convicção íntima (“não sou médico nem devo sê-lo”). Parece, simplesmente, não existir valoração.

Neste sentido é a fundamentação do Tribunal de Justiça de São Paulo, em um processo judicial no qual o autor pretendia acesso gratuito a medicamentos não padronizados pela vigilância sanitária brasileira (v. nota 61): “[...] somente ao profissional médico cumpre o dever de prescrever a medicação ao paciente, sendo de sua exclusiva responsabilidade os resultados da prescrição, excluindo-se qualquer interferência. Por esta razão não colhe a

¹¹⁴ Ativismo judicial no sentido proposto por Sherry (2013, p. 7).

argumentação da decisão de que os medicamentos solicitados, neste caso, não seriam a melhor indicação para sua saúde, por tratar-se de ingerência inadmissível do Poder Judiciário no âmbito da medicina. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo tem entendido que o Estado não pode se negar a fornecer o medicamento em tal circunstância”.

Significa dizer que o juízo de fato conduzido no âmbito do aludido acórdão baseou-se no axioma (notavelmente equivocado) de que todas as decisões médicas, ainda que despidas de evidências sobre eficácia ou segurança, devem ser admitidas pelo poder judiciário a despeito de qualquer valoração probatória.

Neste caso, o TJSP reconhece, explicitamente, que não avalia ou valora a prova médica: acata-a em sua integridade, como se o juízo de fato – e as premissas fáticas – fossem irrelevantes ao juízo de direito e à realização do direito fundamental à saúde que supõe, em um exercício de criatividade descolado da realidade, garantir¹¹⁵.

Neste modelo, a busca pela verdade torna-se um som inaudível, prevalecendo a omissão em valorar a prova e a submissão do juízo a uma visão de mundo irreal e fora de seu tempo, que coloca o juiz como carreto da vontade de terceiros, estranhos ao Estado (médicos, engenheiros, peritos, etc.)¹¹⁶.

No exemplo citado, pior que recorrer ao 2º mundo subjetivista de Popper (“eu sei”) e desprezar a prospecção do direito como integridade, o tribunal omitiu-se para afirmar: “eu não sei, portanto omito-me em valorar a prova científica”.

As preocupações de Oliveira (1999, *passim*) e Streck (2013, *passim*) com o atual regime de valoração da prova são, portanto, adequadas ao momento pós-positivista e ativista vivenciado pelo judiciário. Conforme ressaltado anteriormente, a busca pela verdade, com a delimitação das premissas fáticas atinentes ao caso concreto, é essencial à legitimação do ativismo judicial sob a perspectiva do direito como integridade revisitado pela epistemologia de Popper.

¹¹⁵ Qualificando sua opção pela desnecessidade da valoração racional da prova, o Tribunal de Justiça de São Paulo editou a Súmula 120, que consolida e uniformiza sua jurisprudência daquele tribunal no seguinte sentido: “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”.

¹¹⁶ Henrique Araújo (2009, p. 1) explica que “[n]um processo a matéria de facto é o corpo e o Direito é a alma”. Aproveitando-se do tom metafórico do juiz desembargador na Relação do Porto, é consequência afirmar que a decisão judicial, despida da adequada delimitação dos fatos, corresponderia à alma sem corpo. Ou, até mesmo, a uma resposta judicial desencarnada.

Afinal, para regular – ou julgar –, o judiciário precisa conhecer. A sociedade hodierna carrega consigo uma intensa complexidade e o mundo desta quadra histórica é a perfeita expressão desta heterogeneidade estrutural – os problemas a serem conhecidos e desvendados são multidimensionais e as contradições se avolumam¹¹⁷ (Baumgarten, 2006, p. 17).

Em tempos de controle e engessamento das decisões de juízes de instâncias primárias (em especial no Brasil, com a introdução de súmulas vinculantes no texto constitucional¹¹⁸), é na adequada valoração da prova que se constroem os alicerces indispensáveis à realização da justiça sob uma perspectiva casuística. Ou, em outras palavras, enquanto prevalece o juízo de direito dos tribunais superiores¹¹⁹, ganha realce o juízo de fato nas instâncias de entrada, onde os fatos são perscrutados na persecução da verdade.

É preciso afastar a teoria de decisão judicial do credo segundo o qual a valoração acerca da credibilidade e da eficácia da prova coincida com um arbítrio subjetivo, irracional ou incontrolável. A motivação não é um relato do que se passa pela mente e alma do juiz no ato de valoração das provas. As normas que exigem a valoração e motivação das decisões judiciais não se preocuparam com o estado de espírito do juiz, mas dele exigem justificativas acerca de sua decisão, expondo suas razões em forma de argumentações racionalmente válidas e intersubjetivamente aceitáveis. Em suma: os processos psicológicos do juiz, suas reações íntimas e seus estados individuais de consciência não interessam a ninguém: o que importa é que justifique sua decisão com argumentos racionais (Taruffo, 2003, *passim*).

¹¹⁷ Alexandre Virgínio (2006, p. 128) destaca que, “[e]m função do desafio da construção de interdependência e reciprocidade dos saberes presentes na sociedade, precisamos, mais do que nunca, de uma imaginação científica que inclua, em suas teorias, métodos e procedimentos o problema, ainda insuficientemente refletivo, de enriquecimento do conhecimento científico por outras formas de conhecimento”.

¹¹⁸ Conforme artigo 103-A da Constituição brasileira: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

¹¹⁹ Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal (STF): “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. No mesmo sentido, a Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Assim como não se pode falar de decisão justa na ausência de uma adequada determinação dos fatos do caso concreto, do mesmo modo não se pode considerar fundamentada uma decisão judicial que não indique, de forma específica e mediante argumentos racionalmente articulados, quais foram as bases cognitivas, os critérios e as inferências que justificaram essa valoração. A falta de motivação adequada desses aspectos essenciais da decisão envolve não apenas um exercício arbitrário de poder, mas implica também a violação de uma das garantias fundamentais da administração da justiça (Taruffo, 2003).

Ao avesso da jurisprudência que tem se formado nos tribunais brasileiros, de cujo exemplo colacionado pode referir-se como modelo, a valoração da prova deve ser guiada por critérios de racionalidade, ainda que não se trate de uma racionalidade dedutiva ou demonstrativa, e tais critérios devem ser, mais tarde, aqueles que permitam motivar/ justificar a declaração dos fatos na sentença. Se o que se pretende valorar é a correspondência dos enunciados (ou hipóteses) com os fatos que descrevem, a valoração não pode ser entendida como a íntima e subjetiva convicção do juiz, que por si nada prova ou significa.

As informações que emergem das provas são consideradas aceitáveis quando seu grau de probabilidade for suficiente. Logo, a valoração das provas corresponde à avaliação da aceitabilidade dessas informações, a partir de um grau de probabilidade suficiente e maior que qualquer outra hipótese sobre os mesmos fatos. Por isso, os modelos de valoração devem prever esquemas racionais para determinar o grau de probabilidade das hipóteses ou teorias levadas aos autos (Gascón Abellán, 2003, p. 10).

A valoração da prova, dessarte, não pode ser forjada em subjetividades ou em íntima convicção do juiz (ou seja, não deve emergir do mundo 2 de Popper). Ao contrário, a valoração racional deve encontrar respaldo no conhecimento objetivo do mundo 3 de Popper, modulado pela noção de verdade de conjectura, que respalda as hipóteses não refutadas ou menos falseadas.

4.3. Fundamentação das decisões judiciais em tempos de revolução tecnológica e a prova científica: o conhecimento metajurídico batendo às portas do juiz Hércules

A verdade científica e a verdade jurídica possuem características distintas. Ambas, no entanto, não são capazes de responder o que se entende por verdade (Taruffo, 2005, *passim*). Assim como a verdade processual, a verdade científica e os seus respectivos métodos enfrentam problemas relacionados aos seus limites investigativos.

Justamente por isso, as ciências exatas há muito tempo deixaram de prestar tributo a uma noção sacralizada da verdade (Calheiros, 2008a, p. 74). Para Popper (2010, p. 104), as verdades científicas são conjecturas não refutadas, “[...] todo o aparato da indução torna-se desnecessário quando admitimos a falibilidade geral ou [...] o caráter conjectural do conhecimento humano”.

Parece claro que nenhum modelo científico, dados os respectivos limites e vicissitudes, seria capaz de dar conta da singularidade, por mais que se construam novos modelos explicativos da verdade (Czeresnia, 2003, p. 43-44). Por conseguinte, a verdade científica teria o mesmo caráter relativo da verdade processual. O que as distinguiria seriam as dificuldades aplicáveis a uma e outra (Calheiros, 2008a, *passim*). É possível ir além nas distinções: no processo científico de descobrimento (e não de construção) da verdade, os testes empíricos podem ser altamente controlados e repetidos, e, portanto, refutados¹²⁰.

As diferenças, contudo, não permitem afirmar que os modelos não possam interagir. Os operadores do direito têm sido chamados a solucionar conflitos em campos tão distintos e complexos como saúde, tecnologia e meio-ambiente. É preciso que paradigmas sejam superados e que o intérprete esteja apto a decidir, criticamente, de acordo com a verdade científica.

¹²⁰ Nas palavras de Popper (2010, p. 194), “[a] teoria da testabilidade ou da corroboração por testes empíricos é a única teoria metodológica que dá sentido a essa nova teoria metodológica. O único aperfeiçoamento é um maior esclarecimento. Assim, afirmei muitas vezes que preferimos a teoria T2, que foi aprovada em muitos testes, à teoria T1, que fracassou nesses testes, pois uma teoria certamente falsa é pior que outra que, até onde sabemos pode ser verdadeira. Podemos acrescentar: mesmo depois de T2 ter sido refutada, ainda poderemos dizer que é melhor que T1, pois, apesar da demonstração que ambas eram falsas, o fato de T2 ter resistido a testes nos quais T1 fracassou pode ser uma boa indicação de que o teor da falsidade de T1 ultrapassa o de T2, ao passo que seu teor de verdade não o faz”.

Não se trata de elevação da verdade processual a um patamar inatingível. Não obstante, em processos judiciais cuja apreciação probatória demande conhecimento científico, não é adequado que os modelos clássicos de valoração sigam seu rumo sem qualquer adequação¹²¹.

É necessário discutir, portanto, quão atualizados estão os métodos convencionais do direito para a resolução de disputas com fundo científico, especialmente em um momento em que a ciência jurídica parece estar bastante atrás em um cenário de acelerada revolução científica (Posner, 2004, p. 27-28).

Michele Taruffo (2001, p. 114-115) cita dois diferentes espaços nos quais a ciência pode ser útil à busca pela verdade no processo judicial. O primeiro refere-se à científicização do raciocínio probatório, incluindo linhas de pesquisa dedicadas a elaborar modelos inspirados em esquemas e princípios de caráter científico, tais como sistemas probabilísticos a serem aplicados no âmbito da valoração probatória¹²².

O segundo espaço remete ao uso das provas científicas, isto é, ao emprego de metodologias, análises e testes científicos orientados à compreensão e delimitação de fatos relevantes à resolução do processo.

O maior desafio relacionado à aproximação entre direito e ciência está na dimensão do problema: as provas de natureza científica estão, a cada dia, mais presentes nos processos, fruto da revolução tecnológica e do papel político-ativista do judiciário. O exemplo mais importante ocorre nos Estados Unidos, onde o uso das provas científicas assumiu uma

¹²¹ Um recente acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, determinou que o réu (uma segura particular de serviços de saúde) fornecesse ao paciente um “*stent* farmacológico” importado para a realização de cirurgia de angioplastia. Segundo decidiu o tribunal “[...] é notório e as máximas da experiência o confirmam, que a angioplastia com implantação de *stent* é, hoje, o meio menos invasivo e mais eficaz na resolução dos problemas cardíacos, sendo amplamente usado, mormente no que diz respeito ao entupimento das veias” (Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível nº 731.272-3 da 10ª Câmara Cível). Contudo, existem evidências científicas de que o *stent* farmacológico pode causar enormes malefícios aos pacientes (Atallah, 2008, *passim*)

¹²² “[P]or exemplo, já há algumas décadas existe nos Estados Unidos uma forte e generalizada orientação, segundo a qual o cálculo da probabilidade estatística fundada no teorema de Bayes constituiria um modo cientificamente apropriado para construir análises *científicas* do raciocínio probatório, fundadas em modelos matemáticos” (Taruffo, 2001, p. 114). Também sobre a aplicação do teorema bayesiano no direito, as observações de Gascón Abellán (2007, p. 9): “Que la fórmula bayesiana sea el instrumento adecuado para interpretar correctamente los resultados probabilísticos de una prueba científica tiene pocos objetores. Pero plantea un problema: cómo llevar el Teorema de Bayes al proceso. A este respecto, y puesto que el elemento central de la fórmula es la *likelihood ratio*, hay quien sugiere que los peritos deberían declarar en términos de *likelihood ratio*”.

importância crucial em muitos processos que tratam de danos derivados do uso de medicamentos ou da exposição a substâncias tóxicas ou cancerígenas¹²³.

É sob essa ótica de relevância que deve ser assimilada a lição de Marina Gascón Abellán (2007, *passim*), quando chama a atenção para a falta de salvaguardas e controles sobre a prova científica (ou sobre a fé acrítica na infalibilidade de seus resultados).

A valoração destas provas, dessarte, guarda desafios. Sua adequada valoração metodológica e a correta delimitação de seu regime epistemológico aproximam o julgador da verdade menos falseada (ou ainda não refutada), alicerçando as premissas fáticas indispensáveis à posterior condução do juízo de direito (hermenêutico). De outro lado, a fé acrítica e cega em seu conteúdo viola a integridade do direito e a verdade popperiana. Neste caso, o julgador arrisca-se a fundamentar sua decisão em conhecimentos falseados, hipóteses superadas ou mesmo provas destituídas de idoneidade científica (a chamada *junk science*).

Isto é, o descarte da prova científica pode conduzir a um indesejável subjetivismo, com uma injustificável imprevisibilidade do resultado da valoração da prova. De outro lado, a submissão obnubilada do juiz à prova científica resulta em enorme restrição ao seu papel de avaliador crítico da instrução probatória¹²⁴. A prova científica torna-se argumento de autoridade¹²⁵.

Como reflexo dessa adversidade basilar surgem outros problemas, tais como qualidade dos laudos periciais, a correta aplicação das metodologias científicas e, finalmente, a aptidão do juiz para operar como *peritus peritorum* no momento em que é chamado a utilizar os conhecimentos científicos para formulação de sua decisão final (Taruffo, 2011, p. 116).

¹²³ No entanto, a expansão do uso das provas científicas ocorre globalmente. O uso dos exames de ADN no direito penal e no direito de família, as discussões em torno do uso de células tronco para pesquisas, os debates em acerca da nocividade dos alimentos transgênicos e as discussões judiciais sobre novas drogas e medicamentos são exemplos de controvérsias enfrentadas pelos tribunais de todo o mundo.

¹²⁴ O juiz que, durante o fenômeno de valoração da prova, desconsidera o conhecimento objetivo do mundo 3 para fixar-se nas subjetividades íntimas do mundo 2 é arbitrário. De outro lado, o juiz acrítico às provas científicas, além de arbitrário, é omissor no exercício de seu múnus constitucional.

¹²⁵ Sobre o tema, a lição de Gascón Abellán (2007, p. 1): “Por el contrario, la prueba científica, por estar basada en leyes universales o en todo caso en leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, aparece muchas veces rodeada de un áurea de infalibilidad que proporciona a la decisión probatoria un carácter concluyente o casi concluyente, por lo que no parece necesario buscar estándares adicionales que garantizan su objetividad. Pero esta convicción entraña un peligro, pues propicia la difusa creencia de que las decisiones probatorias apoyadas en pruebas científicas asuman como incuestionables irrefutables y, de paso, descarga al juez de hacer un especial esfuerzo por fundar racionalmente la decisión: basta con alegar que hubo prueba científica y que ésta apuntaba justamente en la dirección de la decisión probatoria final”.

O uso da ciência como mecanismo de racionalização do raciocínio do juiz abre numerosas perspectivas de indubitável interesse, mas também dá motivo a uma série muito ampla de problemas de árdua resolução, referentes não apenas à validade dos conhecimentos científicos utilizados no processo, como também aspectos relevantes acerca do modo como juiz realiza seu mister e elabora suas avaliações. A resposta científica à necessidade de certeza e confiabilidade do raciocínio decisório é indispensável; no entanto, não se trata de uma solução fácil e despida de adversidades ou obstáculos (Taruffo, 2011, p. 116).

O juiz não deve converter-se à ciência, mas conhecê-la para que sua decisão seja proferida sob a luz, e não em meio à escuridão da ignorância científica. Para adotar ou refutar uma prova, para ponderá-la ante as demais, o julgador deve compreendê-la, assumindo a responsabilidade pela verificação de validade das provas que pretendem ter dignidade científica.

A solução deste impasse essencial talvez resida nos esforços argumentativos que as partes e o juiz devem empreender no sentido de suprimir dos autos a chamada *junk science*¹²⁶. De nada adianta cientificizar as provas caso as partes e o juízes não sejam capazes de estabelecer um controle crítico sobre elas (Zaganelli, Lacerda, 2009, p. 164). O juiz e as partes que assim se comportam voltam aos tempos do juiz Pilatos. Antes, *la bouche de la loi*, agora *la bouche de la science*?

Assim como o juiz não é mais a boca da lei, ele também não pode ser considerado como um passível usuário de noções metajurídicas fornecidas *ready made* pela experiência coletiva, ou um elementar consumidor de regras e critérios dispostos de modo claro, completo e coerente no *depósito* constituído pelo senso comum. Em outras palavras: o juiz não tem mais à sua disposição uma imagem simples e ordenada do mundo, a qual possa reportar-se como pano de fundo de seus raciocínios (Taruffo, 2011, p. 118).

Logo, é imprescindível a cuidadosa distinção acerca do tipo de ciência trazida aos autos, qual o estatuto epistemológico dos conhecimentos que disponibilizados, seu grau de efetividade e de que modo pode contribuir para as afirmações sobre fatos exibidas no processo (Taruffo, 2005, p. 1309).

¹²⁶ Gutheil e Bursztain (2005, *passim*) ressaltam que é indispensável que seja estabelecida uma distinção crítica entre o que a literatura reconhece como cientificamente válido e os trabalhos que, apesar de revestidos em trajes aparentemente científicos, não passam de provas fraudulentas.

Afinal, caso o método utilizado (ou as condições de realização da prova) não seja cientificamente válido, o grau de fiabilidade da prova diminui gradualmente até anular-se. De fato, a validade da prova científica e a fiabilidade de seus resultados não é algo que se possa dar como certo, uma vez que depende da qualidade do método adotado e dos respectivos controles de qualidade (Gascón Abellán, 2007, p. 3).

Com efeito, não se trata de conhecer a ciência propriamente dita, mas seus métodos e epistemologia, a fim de estabelecer a fiabilidade e admissibilidade de provas científicas, aproveitando-as ou não.

A Suprema Corte dos Estados Unidos já enfrentou o problema em 1993, quando exarou o paradigmático precedente *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* Naquela ocasião, os juízes tornaram-se responsáveis pela delimitação da confiabilidade dos laudos periciais e das provas científicas, com fulcro nas respectivas metodologias utilizadas (Gaeta, Sitnick, 1999, *passim*). Os magistrados tornaram-se guardiões (*gatekeepers*) das provas científicas, por intermédio de uma análise bifronte que leva em conta sua fiabilidade e relevância para a solução da controvérsia¹²⁷.

No Reino Unido, o julgamento de Sally Clark¹²⁸ e os equívocos na utilização de inferências estatísticas durante a instrução e a valoração probatória¹²⁹ trouxeram à baila o

¹²⁷ O artigo 702 da Lei Federal das Provas, dos Estados Unidos, foi alterado em resposta do caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993) e outros de natureza semelhante, em especial *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 119 S.Ct. 1167 (1999). No caso *Daubert*, a Suprema Corte estadunidense incluiu entre os deveres dos juízes de instâncias inferiores o papel de guardiões das provas científicas e de sua fiabilidade, por intermédio da exclusão dos autos processuais de testemunhos ou provas despidas de dignidade científica. Eis o teor do artigo 702: “A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case”.

¹²⁸ Em 9 de novembro de 1999, Sally Clark, uma advogada de Cheshire, foi condenada à prisão perpétua pelo homicídio, por sufocamento, de seus dois filhos. Com provas periciais conflitantes, a acusação foi reforçada pelo depoimento de um pediatra, que atestou que as chances de duas mortes pela Síndrome do Berço (*cot death*, em inglês) ocorrerem em uma mesma família equivaleria a 1/73.000.000. O testemunho equivocou-se, confundindo os cálculos de probabilidade. Sally Clark foi condenada e, após duas apelações, foi absolvida em 2003, após passar mais de três anos na prisão (Watkins, 2000, *passim*).

¹²⁹ “Para entendermos por que Sally Clark foi condenada injustamente é fundamental considerar novamente o erro da inversão: o que buscamos não é probabilidade de que duas crianças morram de SMSI, e sim a probabilidade de que as duas crianças que morreram tenham morrido de SMSI. Dois anos após a condenação de Clark, a *Royal Statistical Society* entrou na briga lançando um comunicado de imprensa no qual declarava que a decisão do júri se baseara em “[...] um grave erro de lógica conhecido como falácia da acusação. O júri precisa considerar duas explicações concorrentes para as mortes dos bebês: SMSI ou assassinato. Duas mortes por SMSI ou duas mortes por assassinato são bastante improváveis, mas, neste caso, uma delas aparentemente não

debate acerca do uso, limites e avaliação crítica da prova científica, bem como o papel que se espera do juiz em causas dessa natureza¹³⁰ (Watkins, 2000, *passim*).

Com efeito, não se espera que o juiz-intérprete (mesmo em se tratando de Hércules) tenha atribuições de perito ou que conduza ou presida a elaboração de provas científicas. Mas a ele incumbe controlar a validade e a adequação metodológica da instrução probatória, conhecendo a fiabilidade científica do procedimento adotado e dos resultados produzidos. Isto é, compete ao juiz verificar o fundamento racional e epistêmico das provas científicas.

Ainda que se alegue que um controle desta natureza seja complexo, não estando ao alcance de todos por demandar conhecimentos específicos sobre o método das investigações científicas que são conduzidas em cada caso, o certo é que o problema concerne, essencialmente, à cultura e formação profissional do julgador. Não parece excessivo exigir do juiz, que vive a sociedade atual, dominada pela tecnologia, com uma presença cada vez mais frequente da ciência nos processos judiciais, um nível adequado de informação e formação epistemológica (Taruffo, 2010, p. 244-245). Especialmente em tempos de decisões ativistas, de marcante natureza política, que têm o condão de alterar, modular, suprimir ou inaugurar políticas de Estado.

Afinal, circunstâncias relevantes para as decisões judiciais podem ser averiguadas e valoradas a partir de métodos e critérios científicos, reduzindo proporcionalmente a área em que o juízo possa decidir exclusivamente com bases cognoscitivas não científicas (Taruffo, 2005, p. 1287).

A adoção desta perspectiva racionalista na valoração das provas não implica a desconstituição do princípio do livre convencimento motivado, mas sugere que a apreciação do conteúdo probatório seja orientada por regras da ciência, da lógica e da argumentação racional. Isto é, o juiz não se desvincula das regras da razão (Taruffo, 2005, p. 1297).

aconteceu. O que importa é a probabilidade relativa das mortes não só o quanto é improvável... (a explicação por morte por SMSI)” (Mlodinow, 2009, p. 128).

¹³⁰ O *British Medical Journal* (BMJ) publicou um editorial, em 1º de janeiro de 2000, relatando os possíveis equívocos do julgamento e clamando pela expansão do conhecimento científico nos tribunais: “Guidelines for using probability theory in criminal cases are urgently needed. The basic principles are not difficult to understand, and judges could be trained to recognise and rule out the kind of misunderstanding that arose in this case. Never again must mathematical error be allowed to conflict with mathematical fact as if each were a legitimate expert view” (Watkins, 2000).

Neste sentido, a decisão judicial aproxima-se da verdade popperiana e atende, ao menos sob o prisma das premissas fáticas, os pressupostos necessários à busca pela melhor resposta jurisdicional possível.

5. OS ESTUDOS EMPÍRICOS APLICADOS AO DIREITO: EM DIREÇÃO À VERDADE, A POPPER E À INTEGRIDADE DWORKIANA

Atualmente, com especial intensidade nos Estados Unidos e no Reino Unido, têm adquirido destaque diversos movimentos acadêmicos focados na investigação empírica dos fenômenos jurídicos. Harvard, Cornell, Yale, Chicago, Penn State, Stanford, Duke e Northwestern são exemplos de universidades estadunidenses que têm ampliado o número de pesquisadores e professores ligados ao empirismo (Rachlinski, 2011, p. 906).

As investigações produzidas no âmbito empirista do direito, contrariamente à produção tradicional de conhecimento jurídico¹³¹, focam-se em estudos que traduzem, sob uma ótica quantitativa, os resultados da intervenção estudada¹³².

Neste sentido, aproximam-se das investigações comuns à sociologia, à criminologia, à economia e, especialmente, às ciências da saúde. Nestes casos, as teorias e hipóteses são analisadas a partir de uma avaliação quantitativa (estatística e numérica) que tem por objetivo reduzir a incerteza em torno da tomada de decisão.

Do mesmo modo, os estudos empíricos aplicados ao direito orientam-se na direção de uma resposta metodológica cientificizada e apta à delimitação de fatos, teorias ou hipóteses que, como regra, precedem e podem auxiliar a tomada de decisão¹³³.

O elemento central do empirismo jurídico, portanto, é a prevalência do *evidence-based* (assentado no conhecimento objetivo do mundo 3) sobre o *opinion-based* (que tem alicerce no

¹³¹ Neste sentido Galligan (2012, p. 976-978) explica que “[l]egal theory and empirical research into law are conducted independently of each other, each asking its own questions, using its own methods, and drawing its own conclusions. [...] The differences between legal theory and empirical research are brought out by considering their subject matters, aims, and methods of research. The subject matter of legal theory is, for Hart, «the general framework of legal thought» (Hart, 1991). [...] Those features, according to Joseph Raz, pertain to: the existence, identify, structure, and content of a legal system. The method is to identify, develop, and refine the concepts implicit in law and legal systems. In order to identify such concepts, theorists must have some evidence of law and legal systems in operation, of how law is practiced and how practitioners understand what they are doing”.

¹³² Cite-se, como exemplo, as edições do *Journal of Empirical Legal Studies* (JELS) de marco e junho de 2013 (volume 10, números 1 e 2) que publicaram estudos como: i. *Do racial preferences affect minority learning in law schools?*; ii. *Strong financial laws without strong enforcement: Is good laws always better than no law?*; iii. *Do jurors give appropriate weight to forensic identification evidence?*; dentre outros estudos de natureza essencialmente empírica e quantitativa.

¹³³ Aqui, com especial destaque, o movimento *evidence-based law*. Neste sentido: “The point of evidence-based law is not to produce a set of empirical term papers that we academics can present to each other at conferences. The point is to create better law – law informed by reality (Rachlinski, 2011, p. 910).

conhecimento subjetivo do mundo 2). Isto porque a decisão baseada em evidências empíricas é, provavelmente, menos falsa do que a decisão baseada na opinião pessoal (Hunter, 2003, *passim*; Einsenberg, 2001, *passim*).

A refutação sistemática de hipóteses ou teorias (falsificacionismo), com efeito, é capaz de orientar as decisões por intermédio da redução de incertezas, integrando a verdade possível ao objeto das investigações empíricas (Popper, 2010, *passim*).

A aproximação entre direito e os métodos empíricos de pesquisa vislumbra o direito como realidade social -daí sua repercussão hodierna- , sob uma perspectiva despida de pretensões ideológicas que estabelece a fenomenologia jurídica e seus instrumentos como objeto de investigação. As teorias e hipóteses jurídicas, portanto, são testadas e refutadas (ou corroboradas), sempre permitindo uma maior aproximação em direção à verdade possível.

5.1. Estudos empíricos aplicados ao direito e suas múltiplas repercussões

As escolas empíricas do direito possuem um duplo grau de repercussão: i. por um lado, familiarizam o operador do direito com o método científico (teorias probabilísticas, controles, acompanhamento de intervenções, cointervenções e variáveis, etc.) incrementando seu conhecimento em favor de uma valoração crítica e racional da prova científica, da qual não pode o julgador abdicar (Taruffo, 2010, p. 244-245); e, ii. de outra banda, formam uma rede de estudos e avaliações empíricas que darão substrato (diga-se, maior segurança probabilística) a decisões políticas, baseadas no binômio avaliação-monitoramento: desenvolvimento, alterações, ajustes, supressão, criação ou revogação de políticas públicas e/ou regras legislativas.

Ademais, disponibilizam a base teórica necessária à correta avaliação e valoração da prova científica, permitindo ao julgador a prospecção da melhor resposta possível no mundo 3 – tido como correlato à intersubjetividade e atemporalidade do direito como integridade – sob a ótica de uma privilegiada posição de interdisciplinaridade, que estrategicamente facilita, senão viabiliza, a definição das hipóteses/teorias menos falseadas ou não falseadas (TT_n) e,

portanto, correspondentes à verdade conjectural apta à orientar a melhor resposta jurisdicional possível¹³⁴.

Os estudos empíricos aplicados ao direito prestam-se a situar a ciência jurídica em uma perspectiva até há pouco incomum: a da efetividade como signo da segurança para a tomada de decisão. Sob este prisma procura-se esclarecer “o que funciona?” (Solesbury, 2001, *passim*) e “como é aplicado o direito?” (Veronese, 2007, p. 6019). Assim, torna-se possível avaliar a efetividade das normas sob a perspectiva de seus efeitos enquanto ordens de comportamento (primeira pergunta) e seu regime de aplicação pelos tribunais ou pela administração, no julgamento de casos concretos (segunda pergunta)¹³⁵.

Há impactos, portanto, no conhecimento jurídico e na relação que se estabelece entre o julgador e os fatos, entre gestores e políticas públicas, entre direito, norma e realidade¹³⁶. Deste modo, a investigação empírica pode contribuir para uma melhor descrição e compreensão do ordenamento jurídico, incrementando sua equidade e eficiência por intermédio da aprovação de normas que reflitam com mais propriedade a realidade regulada (Eisenberg, 2010, *passim*).

Tal proposição é compatível com o direito como integridade e com a busca pela melhor resposta possível em um mundo de verdades conjecturais. Afinal, a prospecção empírica fomenta a redução das incertezas por intermédio de refutações e falseamentos de hipóteses que, em outro momento, poderiam funcionar como fundamento para a tomada de decisão.

Eisenberg (2010, p. 21) reforça esse entendimento, ao afirmar que os movimentos empíricos podem agregar conhecimento sistemático ao saber jurídico. O professor de Cornell vai além, ao destacar que estudos desta natureza oferecem uma oportunidade única para a

¹³⁴ Recorde-se, neste ponto, o quadripartido de Popper: $P_1 \rightarrow TT \rightarrow EE \rightarrow P_2 \rightarrow (...) TT_n \rightarrow EE_n \rightarrow P_n$

¹³⁵ A primeira pergunta (“o que funciona?”) relaciona-se com a avaliação e o monitoramento de normas jurídicas ou políticas públicas delas decorrentes. O programa *Neighborhood Watch*, por exemplo, foi avaliado por uma revisão sistemática da *Campbell Collaboration*, que indicou sua efetividade (“[...]o movimento NW está associado a uma redução das taxas de criminalidade entre 16% (dezesesseis por cento) e 26% (vinte e seis por cento), sugerindo sua eficácia como iniciativa social de prevenção contra a delinquência” (Marin dos Santos, Atallah, 2012, p. 583). A segunda pergunta (“como é aplicado o direito?”) aborda as decisões judiciais e o respectivo direcionamento da jurisprudência sob perspectivas objetivas: ao longo do tempo, em determinado tribunal, em determinadas regiões e países, etc.

¹³⁶ Neste sentido, Galligan (2012, p. 978-979): “Whether law can be separated so clearly from its social environment is questionable [...] Empirical research means collecting and analyzing data about law. It is a method of research rather than an end in itself and may be conducted with different aims in mind: simply to know more about some aspect of law, or to lay the groundwork for reform, or to build a set of generalizations about law. Another aim could be to contribute to legal theory, although [...] this is rarely the motivation for empirical research”.

colaboração internacional e para a comunicação entre os diversos sistemas jurídicos, evidenciando uma nova dimensão do direito comparado. O mero conhecimento empírico acerca das características quantitativas dos sistemas jurídicos de outras nações tem o condão de facilitar a interação, por intermédio de um discurso de eficiência e de discussão de modelos¹³⁷.

Logo, a pesquisa empírica proporciona a compreensão sobre o funcionamento do direito no mundo real, ou seja, o impacto que leis, instituições jurídicas, operadores do direito e outros fenômenos associados têm nas pessoas, comunidades e sociedades, bem como a influência de tais fatores no direito e suas instituições. O direito torna-se um fenômeno observável, ativo e integrado sob a perspectiva de um olhar menos doutrinário e mais prático, proporcionando uma visão emblemática de sua implementação como fenômeno social e político (Genn et al., 2006, *passim*).

5.2. O direito baseado em evidências (ou *evidence-based law*)

Entre os movimentos empíricos que têm galgado maior repercussão no âmbito das ciências sociais, o *evidence-based practice* (EBP) é aquele com a base metodológica mais claramente definida¹³⁸.

¹³⁷ Tome-se, por exemplo, a revisão sistemática sobre o *Neighborhood Watch* (v. nota anterior) e a discussão acerca de sua aplicabilidade no Brasil: “A revisão sistemática produzida pela Campbell sugere a eficácia do *Neighborhood Watch* para a prevenção de delitos penais. Com efeito, além dos fundamentos jurídicos e sociais, existem evidências científicas que justificam a participação da sociedade no combate ao crime. É cediço que o estudo em questão abarcou uma amostra social distinta da brasileira, com características inerentes aos Estados objeto da pesquisa (Estados Unidos e Reino Unido). Logo, a menção e utilização de estudos conduzidos em Estados estrangeiros deve ser feita de modo cuidadoso, respeitando as peculiaridades ambientais que permearam a produção do documento. A reprodução de determinada intervenção social, que se mostrou eficaz em um país, não garante a repetição do sucesso no Brasil. [...] Tal conclusão decorre, justamente, da abordagem limitada que deve ser atribuída à revisão sistemática em estudo, ante as vicissitudes locais e de amostragem. Contudo, a revisão sistemática demonstra, de forma bastante sólida, que a participação social está associada à prevenção e redução do crime, o que aponta para o desenvolvimento do tema com maior profundidade no âmbito Estado brasileiro, de forma a produzir estudos científicos que sejam aptos a apreender a realidade local e sugerir desfechos desprovidos do viés da amostra exclusivamente estrangeira” (Marin dos Santos, Atallah, 2012, p. 586). No que toca à perspectiva empírica aplicável à pergunta “como é aplicado o direito?”, seria possível comparar quantitativamente, por exemplo, as decisões dos tribunais superiores do Brasil, Portugal e Estados Unidos acerca do direito à saúde, recentemente revisitado neste último (*Patient Protection and Affordable Care Act* - PPACA). Os resultados renderiam, naturalmente, uma perspectiva qualitativa e dariam substrato à discussão do tema sob a ótica do direito comparado.

¹³⁸ Uma vez que encontra fundamento metodológico na medicina baseada em evidências, um dos mais influentes movimentos empíricos da atualidade (Rachlinski, 2011, p. 902).

O embasamento teórico dos movimentos *evidence-based* estabelece níveis de evidência científica, definidos a partir da qualidade metodológica dos estudos e de ferramentas estatísticas que permitem estabelecer, com algum grau de segurança probabilística, a redução das incertezas na tomada de decisão. Os movimentos *evidence-based* reconhecem, portanto, gradações para os níveis de evidências, sugerindo que a decisão seja tomada com base na melhor evidência disponível (Atallah, 2004, p. 28).

Ainda que não exclua outros tipos de estudo, o EBP estabelece as revisões sistemáticas de literatura como o mais alto nível de evidência científica disponível ao tomador de decisão¹³⁹. Ainda que seus métodos não excluam a experiência e o conhecimento individual, seu fundamento teórico preconiza que a tomada de decisão seja, tanto quanto possível, associada a evidências objetivas (Twining, 2006, p. 236).

O crescimento do debate em torno do movimento *evidence-based* relaciona-se, principalmente, à repercussão dos resultados obtidos pela medicina baseada em evidências e pela atuação acadêmica, política e social da *Cochrane Collaboration*¹⁴⁰. A partir da medicina, os métodos da EBP expandiram-se em direção aos mais diversos campos do conhecimento: economia (*evidence-based economics*), engenharia (*evidence-based engineering*), políticas públicas (*evidence-based policy*), psicologia (*evidence-based psychology*), dentre outros.

O discurso da EBP também tem repercutido no direito. Rachlinski (2011, p. 907-910) sugere que a expansão das Colaborações Cochrane e Campbell e da Análise Econômica do Direito¹⁴¹ contribuíram para criação, no meio jurídico, de um ambiente propício ao

¹³⁹ Para Atallah e Castro (1998b, *passim*), a revisão sistemática de literatura, por sintetizar estudos primários de elevada qualidade metodológica, é classificada como o melhor nível de evidência para tomadas de decisões em questões terapêuticas. Segundo os mesmos autores (1998a, p. 7), as revisões sistemáticas destacam-se entre as evidências, ocupando seu lugar mais alto, por terem a vantagem de “[...] seguir métodos científicos rigorosos; poderem ser reproduzidas, criticadas, e a crítica incorporada em sua publicação eletrônica. É importante ressaltar, ainda, que com elas se evitam duplicações de esforços, já que, quando feitas uma vez, poderão ser divulgadas e utilizadas mundialmente. Além disso, podem-se tomar uma publicação viva, facilmente atualizada de tempos em tempos. [...] É por isso, que a Colaboração Cochrane insiste na metodização científica das revisões sistemáticas que são aprimoradas diuturnamente e que por isso são aceitas universalmente como uma das melhores formas de equacionamento de evidências para a pesquisa e para a prática médica”.

¹⁴⁰ Conforme informações disponíveis no respectivo endereço eletrônico, a *Cochrane Collaboration* é uma organização internacional independente, sem fins lucrativos, com mais de 28 mil colaboradores em mais de 100 países, dedicados a elaboração de informações acuradas e atualizadas sobre as ciências da saúde. A instituição realizará, em 2013, em Quebec, seu vigésimo primeiro colóquio. Sua principal publicação possui alto fator de impacto ISI, colocando-a entre as dez mais influentes do mundo na área da saúde.

¹⁴¹ Para os adeptos da Análise Econômica do Direito, os fundamentos das ciências econômicas podem conduzir ao aprimoramento do ordenamento jurídico, auxiliando a prestação jurisdicional e contribuindo para o aperfeiçoamento das normas a partir da perscrutação das consequências das decisões relacionadas às ciências jurídicas (Friedman, 2000, p. 41).

desenvolvimento de movimentos empíricos e de debates em torno de um direito baseado em evidências.

Esta nova visão do direito, baseada em evidências empíricas, possui dois focos distintos. O primeiro deles refere-se à orientação de políticas públicas: novas leis poderão ser elaboradas a partir de dados colhidos com fulcro em metodologias consagradas, reduzindo-se a incerteza quanto aos seus possíveis resultados. O segundo foco remete à prova científica. Propõe-se que a decisão judicial se construa a partir de premissas objetivas e que a prova científica seja considerada idônea tão-somente nas hipóteses em que preencher padrões metodológicos previamente definidos, universalmente reconhecidos e que tenham o condão de reduzir as incertezas que envolvem a decisão (Barroso, 2012, p. 595).

O direito baseado em evidências, enquanto movimento que pretende produzir efeitos concretos – e não meramente acadêmicos - não é uma prática implementada. De acordo com Jeffrey Rachlinski (2011, p. 917-920), o movimento ainda é teórico e acadêmico. Isso porque as revisões sistemáticas, por terem natureza de estudo secundário, exigem a produção de vasta literatura empírica anterior (primária), o que ainda não ocorreu no ainda embrionário empirismo jurídico.

Isto não inibe, no entanto, que o discurso da redução das incertezas seja construído a partir da realidade possível. Se existem poucas revisões sistemáticas e se sua matéria-prima (os estudos primários) ainda é pouco disseminada, isso não significa que a decisão deva ser tomada com base na opinião subjetiva do julgador (mundo 2 de Popper).

Ao contrário, em se considerando um direito baseado em evidências com influência popperiana e compatível com a integridade de Dworkin, a melhor decisão será aquela alicerçada na melhor evidência empírica disponível (ainda que não uma revisão sistemática), fundada na teoria ou hipótese menos refutada entre aquelas disponíveis ao tomador de decisão.

Ou seja, ainda que o conhecimento empírico do mundo 3 seja limitado ou restrito no que toca a determinado assunto, ele é preferível ao subjetivismo insito ao mundo 2 (“eu sei”).

O movimento *evidence-based*, ao se aproximar de Popper e sugerir que a mitigação da incerteza é o meio mais adequado para a tomada de decisão, deu um passo importante em direção aos limites investigativos da ciência jurídica: não é possível confirmar hipóteses ou

teorias; todavia a verdade a ser buscada é aquela provável, menos refutada e, por isso, apta a reduzir as incertezas em torno das repercussões fenomenológicas do direito.

5.3. As críticas aos movimentos empíricos do direito

Para que seja visto como uma abordagem jurídica, a metodologia multidisciplinar proposta pelos empiristas precisa ultrapassar desafios ainda pouco discutidos, mas claramente visíveis.

As escolas empiristas, como regra, levam o conhecimento empírico às últimas consequências, ao orientar que a tomada de decisão seja fundamentada em evidências e, apenas excepcionalmente, na opinião do tomador de decisão (Young et al., 2002, *passim*). Justamente por isso, os movimentos empíricos do direito têm sido objeto de críticas viscerais.

Holmes et al. (2006, *passim*) consideram o discurso da prática baseada em evidências (nas ciências da saúde) antiético, por desconsiderar o julgamento intuitivo e a experiência do tomador de decisão.

Ademais, a perspectiva de uma valoração puramente racionalista das hipóteses, teorias e fatos esbarraria em uma circunstância primaz: o que garante que a avaliação empírica seja verdadeira? Qual o padrão para tanto? Haveria uma fé numa verdade ontológica/metafísica, sem se dar conta que o conhecimento é inventado (Rosa, Linhares, 2009, p. 30).

O direito seria concebido como instrumento, submetido e manipulado por uma racionalidade finalística. E isso excluiria do pensamento jurídico uma índole normativa para remeter ao domínio das tecnológicas “ciências sociais” (Neves, 1993, p. 54).

O pensamento jurídico estaria sendo convocado para soluções finalísticas oportunas e instrumentalmente adequadas, antepondo a utilidade pragmática à axiologia da justiça. Nesta hipótese, o direito deixa de ser “[...] tanto uma *normatividade* de garantia como uma *axiologia* ou um sistema de validades materiais pressupostas que se subtraia à contingência decisória numa intenção regulativa, e converte-se ele próprio num instrumento de todo relativizado *a posteriori* de sua própria *performance*, relativizado às suas consequências de momento e variáveis” (Neves, 1993, p. 61).

Tais críticas, contudo, não são insuperáveis. Os movimentos empíricos do direito não carregam em si o fardo de responsabilidade de auto-afirmarem-se inquestionáveis. Suas

propostas são estatisticamente fundamentadas: a prova, tanto quanto possível, deve ser hábil a reduzir as incertezas no momento da decisão (Atallah, 2004, *passim*; Gaudard, 2008, *passim*; Rachlinski, 2011, *passim*).

Neste sentido, as críticas éticas aos movimentos empíricos (ou baseados em evidências) do direito perdem força. É que a base teórica e a metodologia das escolas empíricas não carregam consigo qualquer olhar de exclusão à atividade comunicacional ínsita ao direito. Os estudos empíricos favorecem a compreensão da prova científica pelos operadores do direito, reduzem as incertezas em torno das decisões (em um cioso exercício de refutações) e incrementam o conhecimento objetivo do mundo ³, o que favorece a integridade do direito pensada por Dworkin. É, com efeito, uma ferramenta, nunca um obreiro. Logo, a cientificização metodológica da tomada de decisão agrega segurança, informação e objetividade ao processo de formação de convicção, racionalizando-o¹⁴².

Note-se, ainda, que as decisões judiciais muitas vezes distanciam-se da racionalidade científica, uma vez que, além da acurácia empírica, o direito é fato, norma, valor e texto e se perfaz por atos comunicacionais (Calheiros, 2008b, p. 281). O Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao reconhecer o direito fundamental à felicidade, revela de modo bastante ilustrativo o fosso que pode afastar uma decisão justa de uma decisão cientificamente acurada¹⁴³. Afinal, a felicidade é um indiferente científico, mas poderá ter papel primordial na produção de uma decisão considerada justa.

São escopos distintos, razão pela qual as evidências científicas têm o condão de orientar a decisão, mas nunca moldá-la. A perspectiva racionalista não se opõe ao livre convencimento motivado, mas complementa-o a partir de um ângulo em que a segurança científica permite que a decisão seja dada de modo íntegro e consciente, sem perder o norte da realização da justiça.

O empirismo aplicado ao direito é, portanto, uma ferramenta que permite conhecer os reflexos da prática jurídica no mundo real, agregando informações objetivas que podem orientar a construção de teorias ou hipóteses com menores chances de serem falsas e que, por isso, valorizam a verdade, ainda que em uma perspectiva conjectural.

¹⁴² Neste sentido, v. nota 131.

¹⁴³ Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300, de 03/02/2006.

Logo, também é equivocada a crítica que tenta aproximar os modelos empíricos do direito a uma verdade incontestável e autoafirmada. A influência de Popper nesses movimentos é intensa, o que assegura que suas conclusões não tenham a pretensão de acessar uma verdade absoluta. Ao contrário, realçam as possíveis incongruências ou falsidades que envolvem o objeto da decisão.

Finalmente, no que concerne à possível instrumentalização do direito, não parece que isso ocorra no modelo estudado. Enquanto a análise econômica do direito sofre constantes críticas dessa natureza, especialmente por privilegiar a investigação racional do direito de acordo com os métodos do pensamento econômico (Rosa, Linhares, p. 57), valorizando as opções de custo x benefício tipicamente utilitaristas (Posner, 1983, p. 75), os movimentos empíricos do direito sugerem a cientificização da tomada de decisão sem perder de vista o axioma da justiça (Bartolomei et al., 2010, *passim*).

Conquanto se afastem as hipóteses potencialmente falsas, haverá a redução de incertezas e a consequente aproximação da verdade possível, o que torna o empirismo jurídico um instrumento do direito (e da justiça) e não o contrário.

6. CONCLUSÃO

i. O Estado, em tempos de globalização, enfrenta mutações e distancia-se de seus modelos clássicos. Aproxima-se do mercado para tornar-se mínimo, atuando como agente regulador sob uma perspectiva normativa de conjuntura. A complexidade da era da informação e seus intrincados sistemas e subsistemas de conhecimento exigem normas técnicas e imediatas.

ii. O direito é afetado diretamente pelas mudanças nas faces do Estado. Ao mesmo tempo em que deve atender às demandas pela eficiência e rapidez do mercado, volta-se à proteção dos direitos fundamentais como lastro último do Estado Democrático de Direito. O direito, como espelho do Estado, repercute a dicotomia entre tornar-se mínimo e, ao mesmo tempo, funcionar como instrumento de preservação dos direitos fundamentais e da supremacia da Constituição.

Tais mudanças redundaram em uma reinvenção de forças que trouxe à tona o judiciário como poder político, mediando os paradoxos estatais que transitam entre o mercado e a primazia das cartas constitucionais. Seu poder político volta-se à proteção da matriz constitucional e dos direitos fundamentais, parcialmente abandonados pelo esvaziamento do executivo. Os direitos fundamentais constituem, portanto, a base da nova legitimidade estatal.

iii. O exercício deste novel poder político enfrenta os desafios relacionados à complexidade da sociedade hodierna e às incertezas e riscos que daí decorrem. É sobre esse vasto manancial de intrincadas informações e conhecimentos esparsos e complexos que o juiz-intérprete deve buscar a resposta digna de seu novo papel: uma resposta que seja, ao mesmo tempo, técnica e política e, justamente por isso, apta a garantir os direitos fundamentais e a supremacia constitucional a partir da valorização da verdade.

A verdade por sobre o qual o judiciário construirá seus fundamentos não é aquela que autoriza a livre interpretação de regras e princípios a partir de uma convicção pessoal do julgador. Ao contrário, o juiz-intérprete deve prospectar sua resposta em uma perspectiva intersubjetiva, histórica e comunitária, premissas básicas da integridade proposta por Dworkin.

iv. A resposta judicial, simultaneamente técnica e política, exige que o direito como integridade afaste-se de subjetivismos. Esse distanciamento corresponde à prospecção de

conhecimentos objetivos e racionais, o que autoriza a associação da integridade dworkiana ao mundo 3 de Popper.

Em Popper, portanto, constrói-se o prisma da verdade que deve orientar as ações do Estado contemporâneo e de seus juízes-políticos. O fundamento do Estado constitucional é embasado em verdades provisórias que, apesar de não retratarem uma percepção absoluta dos fatos, asseguram decisões pautadas em um menor grau de incerteza.

v. A busca pela verdade é imprescindível à integridade e se perfaz, enquanto fenômeno processual, na correta delimitação dos premissas fáticas (no juízo de fato) que antecedem o juízo de direito. A adequada delimitação dessas premissas passa pela perquirição do conhecimento objetivo do mundo 3 e, por conseguinte, pela valoração racional da prova.

A relevância da valoração racional da prova ganha cores ainda mais fortes na sociedade contemporânea, em que ciência e tecnologia (e seu amplo feixe de complexidades e alternativas) integram o cotidiano. O conhecimento metajurídico, ainda que alheio à formação do julgador, não pode servir de justificativa para uma leitura acrítica das provas, em especial daquelas fundadas em métodos científicos. O juiz deve conhecer a prova e, precisamente por isso, não pode ignorar o episteme e as metodologias científicas ínsitas à sua concepção.

A correta compreensão das provas é indispensável, portanto, ao exercício do poder político pelo judiciário. O ativismo judicial, desprendido dos fatos discutidos no âmbito processo judicial, afasta-se da verdade e, por conseguinte, do princípio da integridade, difundindo decisões arbitrárias e ilegítimas. Uma resposta descolada das premissas fáticas nunca será a resposta mais correta; integra tão-somente o mundo 2 como uma convicção subjetiva e exclusivamente pessoal do julgador.

vi. Uma decisão capaz de agregar a influência popperiana e a integridade de Dworkin será aquela que valora as provas racionalmente, a partir da melhor evidência empírica disponível - assim considerada aquela teoria ou hipótese menos refutada - e, com baldrame nessa delimitação objetiva da verdade conjectural, conduza a atividade interpretativa sob o manto da comunidade de princípios.

vii. A expansão dos movimentos empíricos do direito serve de esteio à integridade, aqui qualificada pelo falsificacionismo e pela teoria dos três mundos. A compreensão dos fatos a partir de métodos cientificamente válidos, dão azo à aproximação dos operadores do direito

em direção à verdade (conjectural), que gravita em torno das provas judiciais, especialmente aquelas classificadas como científicas.

Logo, não é excessivo esperar que a formação do juiz compreenda a metodologia e a epistemologia científica, especialmente em um tempo em que ciência e tecnologia permeiam a cada dia, mais e mais, os processos judiciais.

viii. Conquanto sejam afastadas as hipóteses e teorias mais refutadas, o julgador será aproximado da verdade conjectural, reduzindo as incertezas em torno dos fatos e das provas que orientarão sua decisão. O estudos empíricos aplicados ao direito são ferramentas que permitem ao julgador uma aproximação racional e metodologicamente viável das premissas fáticas que antecedem, como condição de legitimidade, o juízo de direito.

Conhecer a metodologia científica e as premissas fáticas que dão suporte à decisão judicial são condições indispensáveis ao julgador contemporâneo, que se depara diariamente com o exercício de um poder político que exige a verdade falsificacionista como parâmetro prévio à resposta mais correta, a ser prospectada sob a perspectiva do direito tido como integridade. O ativismo judicial e seu conteúdo político, com efeito, encontram legitimidade em Dworkin e em Popper, no direito como integridade qualificado pela verdade conjectural e pelo conhecimento racional do mundo 3.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; PAUTASSI, Laura. Judicial activism in the Argentine health system: recent trends. *Health Hum Rights*. ISSN 2150-4113. v.10, n° 2 (2009) p.53-65.

ALEMAR, Aguinaldo. A soberania estatal sobre os recursos hídricos transfronteiriços. In: *Estudos de Direito Internacional*. v. XII. *Anais do 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Wagner Menezes (coord.). Curitiba: Juruá, 2008. ISBN 978-853622147-2

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de Direito processual civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-8502098480

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Direito Público ao meio ambiente: Diagnose e prognose da tutela processual da paisagem*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-9724035116

ARAÚJO, Henrique. *A matéria de facto no processo civil (da petição ao julgamento)*. Tribunal da Relação do Porto: Estudos e intervenções (2009) [Consult. em 07 de fevereiro de 2013]. Disponível em <http://www.trp.pt/estudos.html>

ARBONÉS, Mariano. La prueba biogenética de identidad. In: Arbonés, Mariano; Hairabedián, Maximiliano. *Novedades sobre la prueba judicial*. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2002. ISBN 987-1020090

ARENHART, Sérgio C. A verdade e a prova no processo civil. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. ISSN N/D. v. 7 (2005), p. 71-109

ATALLAH, Álvaro Nagib. A incerteza, a ciência e a evidência. In: *Revista Diagnóstico e tratamento*. ISSN 1413-9979. v.1, n. 9 (2004) p. 27-28.

ATALLAH, Álvaro Nagib. Primum non nocere. Quomo sapere? [Firstly, do no harm. How can we know this?] Drug-eluting stents versus surgery. In: *Sao Paulo Med. J.* ISSN 1516-3180. vol. 126, n. 3 (2008). p. 143-144

ATALLAH, Álvaro Nagib; CASTRO, Aldemar Araújo. Medicina Baseada em Evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática clínica. *Rev. Imagem*. ISSN 0100-9699. v. 20, n. 1 (1998a) p. 5-9

ATALLAH, Álvaro Nagib; CASTRO, Aldemar Araújo. Revisão Sistemática e Metanálises. Centro Cochrane do Brasil (1998b). [Consult. em 02 de maio de 2013]. Disponível em http://www.centrocochranedobrasil.org.br/cms/apl/artigos/artigo_530.pdf.

BÄCK, Magnus; YIN, Li; INGELSSON, Erik. Cyclooxygenase-2 inhibitors and cardiovascular risk in a nation-wide cohort study after the withdrawal of rofecoxib. *Eur Heart J*. ISSN 1522-9645. v. 33, n. 15 (2012), p. 1928-1933.

BARKBU, Bergljot; RAHMAN, Jesmin; VALDÉS, Rodrigo. *Fostering Growth in Europe Now*. Washington: International Monetary Fund, 2012. ISBN 978-1475579895

BARROSO, Luciana Rosa Batista. Políticas públicas e evidências científicas como instrumento de combate ao crime organizado. In: *Crime Organizado*. Messa, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-8502111516, p. 590-599

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*. ISSN 1518-4862. Ano 10, nº 851 (2005). [Consult. em 14 de maio de 2013]. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/7547>

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *ReDE Revista Eletrônica de Direito do Estado*. ISSN 1981-187X. n. 18 (2009a). [Consult. 25 de maio de 2013]. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>

BARROSO, Luís Roberto. *O acesso às prestações de saúde no Brasil*. Audiência Pública sobre o Direito à saúde no Supremo Tribunal Federal (2009b). [Consult. em 21 de março de 2013]. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf

BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro In: *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Org. Rúbio, David Sánchez; Flores, Joaquín Herrera; Carvelho, Salo. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. ISBN 978-8574309460

BARTOLOMEI, Carlos Emanuel Fontes; DALLARI JÚNIOR, Hécio de Abreu; MARCHEWKA, Tânia Maria Nava et al. Medicina e Direito: atuação na integralidade destes dois saberes. In: *Diagnóstico e Tratamento*. ISSN 1413-9979. v. 15, n. 1 (2010) p. 39-42

BASSETTE, Fernanda. Hospital dá curso para orientar juiz e promotor. In: *O Estado de São Paulo*. Edição eletrônica de 28 de abril de 2011. [Consult. em 10 de abril de 2013] Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,hospital-da-curso-para-orientar-juiz-e-promotor,711742,0.htm>

BAUMGARTEN, Maira. Sociedade e conhecimento – ordem, caos e complexidade. *Sociologias*. ISSN 1517-4522. v. 8, n. 15 (2006) p. 16-23

BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. *Os riscos da politização do Judiciário e do ativismo judicial* (2013) [Consult. em 26 de maio de 2013]. Disponível em <http://www.formacaopolitica.com.br/artigos/os-riscos-da-politizacao-do-judiciario-e-do-ativismo-judicial-marcus-boeira/>

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. ISBN 978-8574207995

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2012. ISBN 978-8539201334

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009. ISBN 978-850208129

CALHEIROS, Maria Clara da Cunha. Prova e verdade no processo judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos. In: *Revista do Ministério Público*. ISSN 0870-6107. Ano 29, n. 114 (2008a) p. 71-94

CALHEIROS, Maria Clara da Cunha. Verdade, prova e narração. In: *Revista do CEJ*. ISSN 1645-829X. n.10 (2008b) p. 281-296.

CALHEIROS, Maria Clara da Cunha. *Verdades difíceis: intersecções entre direito e ciência*. Artigo inédito, a ser publicado pela revista *Julgar* (ISSN 1646-6853) em 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978-8520335635

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Edição, 7ª reimpressão. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. ISBN 978-9724021065

CARBONELL, Miguel; GIL, Rubén Sánchez. Que és la constitucionalizacón del derecho? *Quid Iuris*. ISSN 1870-5707. Ano 6, nº 15 (2011) p. 33-55

CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. ISBN 978-8521903367

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Camanducci, Paolo; Ahumana, Maria Ángeles; Lagier, Daniel González. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009. ISBN 978-8461371044

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-9724029146

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Judicialização da saúde*. Palestra proferida no Instituto de Ensino e Pesquisa do Hospital Sérico-Libanês (São Paulo), em 24 de junho de 2011. [Consult. em 30 de novembro de 2012] Disponível em áudio e vídeo em <http://www.youtube.com/watch?v=GHiGK37JETA>.

CZERESNIA, Dina. O Conceito de Saúde e a Diferença entre Prevenção e Promoção. In: *Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências*. Dina Czeresnia; Carlos Machado de Freitas. (Org.). Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003. ISBN 978-8575411834, p. 39-53

DERANI, Cristiane. Aplicação dos Princípios do Direito Ambiental para o Desenvolvimento Sustentável. In: *Direito tributário ambiental*. Torres, Heleno Taveira (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005. ISBN 857420661

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. ISBN 85-7420-020-4

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. ISBN 85-7420-554-0

DMITRUK, Erika Juliana. O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da UniFil*. ISSN 1087-1627. Ano 4, nº 4 (2007) p. 144-155

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010b. ISBN 978-8578270919

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010a. ISBN 978-8578272517

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007. ISBN 978-8533623897

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1970. ISBN N/D

EISENBERG, John M. What does evidence mean? Can the law and medicine be reconciled? *J Health Polit Policy Law*. ISSN 1527-19272001. v. 26, nº 2 (2001) p. 369-381

EISENBERG, Theodore. *The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns*. Cornell Legal Studies Research Paper. (2010). [Consult. em 13 de fevereiro de 2013] Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1727538>

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Como regular agências reguladoras? In: *Revista Brasileira de Direito Público*. ISSN 1678-7072. v. 6, n.22, (2008) p. 7-24

FONSECA, Tânia Schneider da. O debate entre Herbert. L. A Hart e Ronald Dworkin. *Revista Seara Filosófica*. ISSN 2177-8698. n. 4 (2011) p. 45-64

FRIEDMAN, David D. *Law's Order: What economy has to do with Law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000. ISBN 0-691-010161

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3ª Ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999. ISBN 85-326-1787-5.

GAETA, Anne M.; SITNICK, Elizabeth A. *Reliability and Admissibility Under Daubert*. The judicial gatekeeping – Berkman center for internet & society at Harvard University (1999). [Consult em 04 de setembro de 2012]. Disponível em <http://cyber.law.harvard.edu/daubert/ch3.htm>

GALLIGAN, Denis James. Legal Theory and empirical research. In: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Cane, Peter; Kritzer, Herbert M. (Org) Oxford: Oxford University Press, 2010. ISBN: 9780199542475, p. 976-1001

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Universidad de Castilla-la Mancha: Discusiones. (2003). [Consult. em 22 de abril de 2013]. Disponível em http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN. *Cuadernos electronicos de filosofia del derecho*. ISSN 1138-9877. n. 5 (2007). [Consult. em 12 de janeiro de 2013]. Disponível em http://www.uv.es/cefd/Index_15.htm.

GENN, Dame Hazel; PARTINGTON, Martin; WHEELER, Sally. *Law in the real world: Improving our understanding of how law works*. Londres: The Nuffield Foundation, 2006. [Consult. em 07 de fevereiro de 2013]. Disponível em http://www.ucl.ac.uk/laws/socio-legal/empirical/docs/inquiry_report.pdf

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil*. II Taller Internacional de Interculturalidad, Universidad de Chile, Santiago (2003). [Consult. em 19 de novembro de 2012]. Disponível em <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/GND.htm>

GODOY, Arnaldo de Moraes Sampaio. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005. ISBN 978-8575253304.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. ISBN 85-74206636

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 2º v. São Paulo, Saraiva, 1994. ISBN 85-02003992

GUAUDARD, Ana Márcia Yunes Salles. Medicina Baseada em Evidência, uma reflexão. *CCS Com. Ciências Saúde*. ISSN 1980-0584. v.19, n. 4 (2008) p. 303-304

GUIVANT, Julia. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura*. ISSN 1413-0580. n. 16 (2001) p. 95-112

GUTHEIL, Thomas G.; BURSZTAIN, Harold .J. Attorney Abuses of Daubert Hearings: Junk Science, Junk Law, or Just Plain Obstruction? *J Am Acad Psychiatry Law*. ISSN 1093-6793. v. 33, n. 2 (2005) p. 150-152

HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. ISBN 857525462

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre a facticidade e validade*. V. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. ISBN 978-8528200959

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Verdade material ou verdade formal: antiga distinção ou moderna concepção? *Revista CEJ*. ISSN 1414-008X. Ano XVI, nº 56 (2012) p. 91-101

HARRISON, Ann E. *Globalization and Poverty*. National Bureau of Economic Research - NBER Working Paper No. w12347 (2006). [Consult. em 03 de maio de 2012] Disponível em <http://ssrn.com/abstract=91330>

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. e Org. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08147-5

HOBBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. ISBN 85-71644683

HOFFMAN, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes; NASCIMENTO, Valéria Ribas. Dworkin versus Capelletti: qual modelo de juiz adequado ao Estado Democrático de Direito? *Revista do Direito Unisc*. ISSN 0104-9496, Jul-Dez, n. 36 (2011) p.80-94

HOGUE, Ridwanul. *Judicial Activism in Bangladesh: A Golden Mean Approach*. Newclastle: Cambridge Scholars Publishing, 2011. ISBN 1-4438-2733-9

HOLMES, Dave; MURRAY, Stuart; PERRON, Amelie; et al. Deconstructing the evidence-based discourse in health sciences: truth, power and fascism. *Int J Evid Based Health*. ISSN 1744-1609. v. 4, n° 3 (2006) p. 180–186

HUNTER, David J. Evidence-based policy and practice: riding for a fall? *J R Soc Med*. ISSN 1758-1095. v. 96, n° 4 (2003) p. 194–196.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. O Congresso das perguntas e o STF das respostas. In: *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. ISSN 1809-2829. Edição de 09 de março (2013). [Consult. em 12 de de março de 2013]. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mar-09/observatorio-constitucional-congresso-perguntas-stf-respostas>.

KOEHLER, Jonathan; MEIXNER, John. *Decision Making and the Law: Truth Barriers*. (2013) Northwestern Law & Econ Research Paper No. 13-04. [Consult. em 02 de fevereiro de 2013] Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2217003>

LEITER, Brian, *The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century*. Uiniversity of Texas Law, Public Law Research Paper No. 70 (2004) [Consult. em 21 de abril de 2013] Disponível em <http://ssrn.com/abstract=598265>

LIMA, George Marmelstein. *A Única Resposta Correta de Dworkin e os Três Mundos de Popper*. Direitos fundamentais [blog] (2009). [Consult. em 23 de abril de 2013]. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2009/04/14/a-unica-resposta-correta-de-dworkin-e-os-tres-mundos-de-popper/>

LIMA, Valdecila Cruz. Karl Popper e a crítica ao historicismo. *Anais do XX Encontro Regional de História: História e Liberdade*. Franca: Anpuh-SP, 2010. [Consult. em 10 de junho de 2103] Disponível em <http://www.anpuhsp.org.br/sp/downloads/CD%20XX%20Encontro/PDF/Autores%20e%20Artigos/Valdecila%20Cruz%20Lima.pdf>

LIMA-COSTA, Maria Fernanda; BARRETO, Sandhi Maria. Tipos de estudos epidemiológicos: conceitos básicos e aplicações na área do envelhecimento. *Epidemiol. Serv. Saúde*. ISSN 2237-9622. v. 12, n° 4 (2003) p. 189-201.

MAIRINQUE, Igor das Mercês; SILVA, Mariluze Ferreira de Andrade. Karl Popper e a teoria dos mundos de Platão. *Revista Metavnoia*. ISSN 1516-828-X. nº 5 (2003) p.7-17

MANZI, José Ernesto. Senso crítico, senso comum, argumentação jurídica e decisões judiciais. *Jus Navigandi*. ISSN 1518-4862 Ano 17, nº 3151 (2012). [Consult. em 14 de março de 2013] Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/21097>

MARIN DOS SANTOS, Douglas Henrique; ATALLAH, Alvaro Nagib. O programa Neighborhood Watch para prevenção contra o crime e a experiência brasileira. In: *Crime Organizado*. Coord. Messa, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN978-8502111516, p. 579-589

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 85-20325467

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 4ª Edição. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. ISBN 978-9723216134

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal ou, exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc., de suas aplicações diversas na Alemanha, França, Inglaterra, etc.* Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871. ISBN N/D [Consult. em 05 de janeiro de 2013] Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000146.pdf>

MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. ISBN 978-8537801550

MORAIS, José Luis Bolzan. Direitos humanos e globalização. In: *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Org. Rúbio, David Sánchez; Flores, Joaquín Herrera; Carvalho, Salo de. 2. ed. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010. ISBN 978-8574309460

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Boletim da Faculdade de Direito Studia Ivridica 1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. ISBN 972-32-0630-7

NEVES, Raphael. Uma Comissão da Verdade no Brasil? Desafios e perspectivas para integrar direitos humanos e democracia. *Lua Nova*. ISSN 0102-6445. nº 86 (2012) pp. 155-186. [Consult. em 28 de maio de 2013] Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452012000200006&lng=en&nrm=iso.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Vol. 1. Miranda, Jorge (Org.). Coimbra: Ed. Coimbra, 1996. ISBN 978-9723207521

NUNES, Rodrigo M. Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health. *Latin American Politics and Society*. ISSN 1548-2456. v. 52, nº 3 (2010), p. 67-97

OLIVEIRA, Aurénea Maria de. A constituição da verdade em Hans G. Gadamer e Michel Foucault. *Revista Aulas*. Dossiê Foucault. Organização: Margareth Rago; Adilton L. Martins. ISSN 1981-1225. n° 3 (2006).

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. Problemas atuais da livre apreciação da prova. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. ISSN N/D. v. 17, n° II (1999) p. 47-55

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O Congresso e o invencionismo hermenêutico do STF. In: *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. ISSN 1809-2829. Edição de 09 de março (2013). [Consult. em 10 de março de 2013] Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mar-09/diario-classe-parlamento-invencionismo-hermeneutico-stf>.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002. ISBN 85-20415911

PEDRON, Flávio Quinaud. É possível uma resposta correta para casos controversos? Uma análise da interpretação de Robert Alexy da tese dworkiana. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.* ISSN 0076-8855, v. 40, n. 70 (2004) p. 35-56

PEREIRA JUNIOR, Alfredo. Estatuto biológico do processamento de informação mental. *Trans/Form/Ação*. vol.14 (1991) pp. 139-153. ISSN 0101-3173.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ISBN 978-8533622234

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Atena, 1956. ISBN N/D

POPPER, Karl Raimund. *Conjecturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico*. Barcelona: Ediciones PAIDOS, 1991. ISBN: 84-75091466

POPPER, Karl Raimund. *Textos escolhidos*. Organização David Miller. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010. ISBN 978-8578660291

POPPER, Karl Raimund. *La lógica de la investigacion científica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1980. ISBN 84-30907114

POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento objetivo*. São Paulo: Itatiaia Edusp, 1975

POSNER, Richard A. *Catastrophe: Risk and Response*. Edição eletrônica para Kindle. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004. ISBN 978-0195306477

POSNER, Richard A. *Economics of Justice*. Cambrigde: Harvard U. Press, 1983. ISBN 0-674235266

QUANSAH, EK; FOMBAD, CM. *Judicial activism in África: possible defense against authoritarian resurgence?* África Network of Constitutional Lawyers. [2010] [Consult. em 15 de abril de 2013] Disponível em <http://www.ancl-radc.org.za/sites/default/files/Judicial%20Activism%20in%20Africa.pdf>

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre Epistemologia da Construção Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. ISBN 97-23209489

RACHLINSKI, Jeffrey J. Evidence-Based Law. *Cornell L. Rev.* ISSN 0010-8847. v. 96 n° 4 (2011), p. 901-924

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-8501085800

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. ISBN 978-8535259292

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN 978-8537503928

ROSENBERG, Alex. *Introdução à filosofia da ciência*. São Paulo: Edições Loyola, 2009. ISBN 978-8515017201

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os processos da globalização*. Eurozine. Agosto (2002). [Consult. em 1º de fevereiro de 2012]. Disponível em <http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>

SARAMAGO, José. *A caverna*. 3ª edição. Lisboa: Editorial Caminho, 2000. ISBN 978-9722122399

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Neoconstitucionalismo*. Quaresma, Regina; Oliveira, Maria Lúcia de Paula; Oliveira, Farlei Martins Riccio de (Coords.). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. ISBN 978-8530927944

SATHE, Satyaranjan Purushottam. *Judicial activism in India*. New Delhi: Oxford University Press, 2002. ISBN 0195655435

SHABBIR, Syeda Saima. *Judicial Activism Shaping the Future of Pakistan* (2013). [Consult. em 10 de junho de 2013] Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2209067>

SHERRY, Suzanna. *Why We Need More Judicial Activism* (2013). Vanderbilt Public Law Research Paper No. 13-3. [Consult. em 12 de janeiro de 2013] Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2213372>

SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: *Neoconstitucionalismo*. Quaresma, Regina; Oliveira, Maria Lúcia de Paula; Oliveira, Farlei Martins Riccio de (Coordenadores). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. ISBN 978-8530927944

SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires. Análise metodológica de Peter Häberle. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília: Fundação Boiteux, 2008. ISBN 978-8578400194, p. 5398-5426

SILVA, Lucília Lopes. *Verdade: aletheia, veritas ou emunah?* (2005). [Consult. em 10 de abril de 2013]. Disponível em <http://filosofiaemdireito.blogspot.com.br/2005/04/verdade-aletheia-veritas-ou-emunah.html>

SILVA, S Sarah Mathilal de. Constitutional Protection of Human Right to Education by Judicial Activism through Doctrine of Equality: The Sri Lankan & Indian Experiences. *Sri Lanka Journal of Humanities and Social Sciences*. ISSN N/D. v.1, n° (2009)

SMITHEY, Shannon; ISHIYAMA, John. Judicial Activism in Post-Communist Politics. *Law & Society Review*. ISSN 1540-5893. v. 36, n° 4 (2002) pp. 719-742

SOLESBURY W. *Evidence Based Policy: Whence it Came and Where it's Going*. ESRC Centre for Evidence Based Policy and Practice, Working Paper 1, London (2001). [Consult. em 13 de janeiro de 2012]. Disponível em www.evidencenetwork.co.uk/Documents/wp1.pdf.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. ISBN 8573872985

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Neoconstitucionalismo e controle de políticas públicas. In: *Neoconstitucionalismo*. Quaresma, Regina; Oliveira, Maria Lúcia de Paula; Oliveira, Farlei Martins Riccio de (Coordenadores). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. ISBN 978-8530927944

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: Coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *B. Cient. ESMPU*. ISSN 167-4781. Ano 4, n° 15 (2005), p. 207-227

STEFANELO, Marana Costa Beber. O espaço público na TV digital de alta indefinição: o espaço público no contexto dos conceitos de regulação e separação de poderes - relações teóricas frente à discussão brasileira referente à digitalização da radiodifusão (TV Digital) e o respeito aos princípios de um processo regulatório. Orientador: Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira. Dissertação (mestrado) - Universidade de Brasília, 2008. [Consult. em 07 de dezembro de 2012]. Disponível em <http://repositorio.unb.br/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Stefanelo%2C+Marana+Costa+Beber>

STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de póspositivismo. In: *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* Dimoulis, Dimitri; Duarte, Écio Oto (Coord.). São Paulo: Método, 2008. ISBN 978-8576602774

STRECK, Lênio Luiz. Como assim "cada um analisa de acordo com seu convencimento"? In: *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. ISSN 1809-2829. Edição de 15 de abril (2013). [Consult. em 12 de maio de 2013] Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento>. Acesso em 16 de abril de 2013

STRECK, Lênio Luiz. Ministro equivocou-se ao definir presunção de inocência. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. ISSN 1809-2829. Edição de 17 de novembro (2011a). [Consult. em 02 de fevereiro de 2012] Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011b. ISBN 978-85-02-11008-3

TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. In: *Discusiones*. ISSN 1515-7326. n° 3 (2003) p. 87-103.

TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. ISSN 0041-8633. v. XXXVIII (2005) p. 1285-1312

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. ISBN 978-84-9768-616-7

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2011. ISBN 978-84-8164-534-7

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: *Revista Forense*. ISSN 0102-8413. v. 355, ano 97 (2001) p. 101-118

TARUFFO, Michele. *Simplymente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. ISBN 9788-497687898

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Rev. direito GV. ISSN 1808-2432. v.8, n° 1 (2012) p. 37-57.

TWINING, William. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. 2ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. ISBN 978-0521675376

VALE, André Rufino do. Dworkin está entre os grandes dos séculos XX e XXI. In: *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. ISSN 1809-2829. Edição de 14 de fevereiro (2013). [Consult. em 16 de março de 2013]. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-fev-14/andre-rufino-dworkin-entre-grandes-figuras-seculos-xx-xxi>

VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de direito: uma perspectiva brasileira na avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. ISBN 978-8578400071, p. 6011-6030

VIRGINIO, Alexandre Silva. Conhecimento e sociedade: diálogos impertinentes. *Sociologias*. ISSN 1517-4522. n° 15 (2006) pp. 88-135.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil V. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-20332269

WATKINS, Stephen J. Conviction by mathematical error? *British Medical Journal BMJ*, v. 320, nº 2 (2000). [Consult. em 13 de janeiro de 2013] Disponível em <http://www.bmj.com/content/320/7226/2>

YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. *The Commanding Heights: the battle for the world economy*. New York: Touchstone, 1998. ISBN 0-684-82975-4

YOUNG, Ken; ASHBY, Deborah; BOAZ, Annette; et al. Social Science and the Evidence-based Policy Movement. *Social Policy and Society*. ISSN 1474-7464. v. 1, nº . 3 (2002), p. 215-24

ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial: considerações sobre a “cientificização” da prova no processo. In: *Processo, Verdade & Justiça*. Zaganelli, Margareth Vetis (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. ISBN 978-8537506332

Jurisprudência consultada:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07, 1990

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 41, 2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300, 2006

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 639333, 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3388, 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 31816, de 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 393175, 2006

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363889, 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 477554, 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 279, 1963

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 731272-3, 2011

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 99408150681-9, 2010

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Súmula 102, 2013

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Kumho Tire Co. v. Carmichael, 119 S.Ct. 1167 (1999).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)